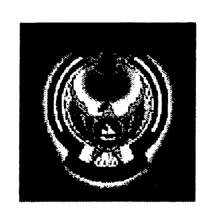






مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية
"نصف سنوية"

العدد العشرون – ذو القعدة ١٤٢٤ هـ – يناير ٢٠٠٤م

رئيس التحرير

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي

مدير التحرير

د. محمد عبد الرحيم سلطان العلماء

هيئة التحرير

أ.د. محمود أحمد أبو ليل

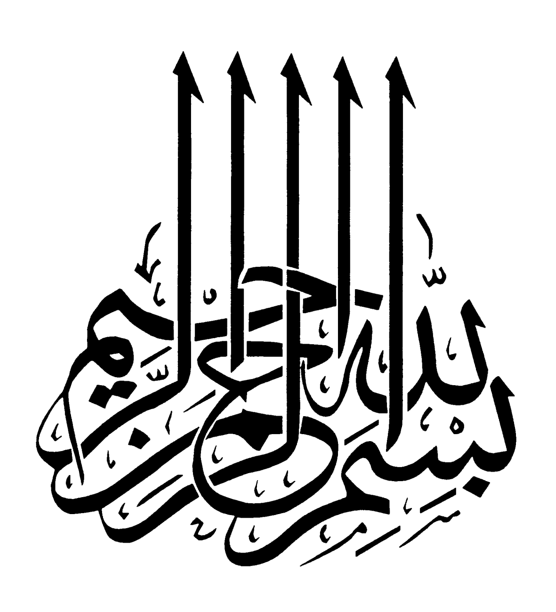
د. عبد الله حسن محمد

د. محمد حسن القاسمي

تصدر عن مجلس النشر العلمي- جامعة الإمارات العربية المتحدة

ردمد: ١٦٠٨-١٠١٣

تفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم 349199


بسم الله الرحمن الرحيم

الاشتراكات السنوية:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	٣٠ درهم	٤٠ درهم	١٠ دولار	**سنة**
مؤسسات	٦٠ درهم	٨٠ درهم	٣٠ دولار	
أفراد	٥٥ درهم	٧٥ درهم	٢٥ دولار	**سنتين**
مؤسسات	١١٠درهم	١٥٠ درهم	٥٥ دولار	
أفراد	٨٠ درهم	١١٠ درهم	٣٥ دولار	**ثلاث سنوات**
مؤسسات	١٥٠درهم	٢٠٠ درهم	٨٠ دولار	

تُدفع الاشتراكات بإحدى الطرق الآتية:

١- إما بشيك مصرفي لصالح مجلة الشريعة والقانون على أحد المصارف الإماراتية.

٢- أو بتحويل مصرفي لحساب جامعة الإمارات العربية المتحدة لدى بنك الاتحاد الوطني رقم ١٠٠٢٧٧٧-٨٢٠ ويُرسل صورة من إيصال التحويل إلينا.

تُوجه جميع المراسلات والبحوث باسم رئيس هيئة التحرير وذلك على العنوان الآتي:

مجلة الشريعة والقانون

العين – ص.ب ١٥٥٥١- دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف ٧٥٥٤٣٣٦-٣-٩٧١ فاكس ٧٥٤١٢٢٦-٣-٩٧١

البريد الإلكتروني:

Sljournal@uaeu.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الإنترنت:

http://sljournal.uaeu.ac.ae

جميع الآراء في هذه المجلة تُعبر عن وجهة نظر كاتبيها
ولا تُعبر عن وجهة نظر هيئة التحرير أو الجامعة

أهداف المجلة وقواعد النشر

أَوَّلاً : أهداف المجلة :

مجلــة كلية الشريعة والقانون نصف سنوية مُحَكَّمَة مُتخصصة تُصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى:

١- نشــر البحوث المبتكرة والتي يُعدُها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذه المجالات.

٢- توطـيد الصــلات العلمــية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعــة الإمــارات العربية المتحدة ونَظيراتهَا في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية.

٣- معالجــة القضــايا الإنْسَانيَّة المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، لا سيما ما يختص منها بدولَة الإمارات الْعَرَبِيَّة المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- مــتابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عــن طــريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقــانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإســلامية والعالمــية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضــايا الإنســان وبيئته في المجالات المذكورة، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥ - إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تُصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم.

ثانِيًا : قواعد النشر

١- تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصــلة بالفقــه والدراسات الإسْلامية والقانون بفروعها، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢- تخضــع البحوث المقدّمة إلى المجلّة للتقويم والتحكيم حسب القواعد والضــوابط التــي تلتزم بها المجلّة؛ قصد الارتقاء بالبحث العلمي في مجال الشريعة والقانون ومن تلك القواعد سرية التحكيم.

٣- يجب اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعيَّة في البحوث العلمية.

٤- أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦- يجب أن يكون البحث خَاليًا من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧- على الباحث أن يختم بحثه بخلاصة تبين النتيجة والرأي أو الآراء التي تضمنها.

٨- تُقبل البحوث باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.

٩- ألا يتجاوز البحث المقدّم على أربعين صفحة من الحجم العادي عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

١٠- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألا يكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو تم إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار بخط البحث وتوقيعه.

١١- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه لأي جهة أخرى للنشر حتى يصله رد المجلة بصلاحية بحثه للنشر من عدمه.

١٢- يلتزم الباحث بإجراء تعديلات المحكمين على بحثه وفق التقارير المرسلة إليه، وموافاة المجلة بنسخة معدلة.

١٣- يجب أن يكون البحث مرَقُونًا على الحاسوب، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مرن (ديسك) بواسطة برنامج (WORD97) ومابعد.

١٤- يرفق البحث بسيرة ذاتية للباحث.

١٥- يــرفق البحــث بملخص باللغتين العربية والإنجليزية بما لا يزيد كل ملخص على صفحة.

١٦- يُخطــر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

أولوية النشر:

أ- البحوث المرتبطة بمجتمع دولة اَلإمَارَات العربية المتحدة.

ب- تاريخ وصول البحث لرئيس تحرير المجلة.

ج- تنويع البحوث مَوْضُوعًا.

ملاحظات:

١- مــا ينشــر فــي اَلْمَجَلَّــة من آراء يعبر عن فكر أصحابها ولا يمَثِّل رأي اَلْمَجَلَّة أو اتجاهها.

٢- ترتيب البحوث في اَلْمَجَلَّة يخضع لاعتبارات فنية.

٣- لا تُرَد البحوث المرسلة إلى المجلة إلى أصحابها، نُشِرَتْ أم لم تنشر.

٤- تستبعد المجلة أي بحث مخالف للشروط المذكورة.

٥- لا تدفع المجلة مكافآت مقابل اَلْبُحُوث المنشورة أو مراجعات الكتب أو أي أعمال فكرية ما لم يكن بتكليف منها.

٦- يُعطى الباحث نُسختان من المجلة وخمسٌ وعشرون فصلة من بحثه.

محتويات العدد

كلمة العدد

"عمل المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية"

تحــدد التشــريعات الوطنية عمل المصارف (البنوك) وطبيعة المعاملات المالــية التــي تقوم بها مع بيان المحظور منها وبالتأكيد من هذه القوانين "القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن المصرف المركزي". بحيث يحظر على البنوك امتهان عمليات التجارة التي يقوم بها الأفراد والمؤسسات التجارية كعمليات البيع أو المقاولة وغيرها من العقود؛ على اعتبار أن عمل البــنك فــي أصــله كمــا يحــدده أساتذة القانون التجاري، هو الاقتراض والإقراض، وإن تم في شكل عقود تمويل أو اعتمادات مستندية أو خطابات ضمان أو كفالة مالية...الخ.

إلا أن هــذا الــدور المحدد للمصارف قد طرأ عليه تغييراً جذرياً عندما يــتخذ المصــرف خطاً آخر، وهو أن يكون مصرفاً إسلامياً. بحيث يلتزم في معاملاتــه المصــرفية خطاً إسلامياً، وقد صدر أول قانون يُعنى بهذا النظام والغايــة في دولة الإمارات العربية المتحدة، وهو أيضاً على مستوى العالم الإســلامي، وقــد صــدر هذا القانون تحت رقم (٦) لسنة ١٩٨٥ في شأن المصــارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية. وقد نص فــي مادتــه الأولــي بأنه يُقصد بالمصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزاماً بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ويباشر نشاطها وفقاً لهذه الأحكام.

وعلــي اعتــبار أن هــذه المؤسســات والمصارف قد التزمت بالطرق الإسلامية في منهجها وغاياتها؛ فإنه قد حظر عليها التعامل الربوي أو الذي فيه غرر فاحش أومقامرة....الخ.

وإذا كانــت الفــائدة على المال تعد عنصراً أساسياً وجوهرياً في البنوك التجارية التقليدية، إذاً فما هو المتاح للتعامل فيه للمصارف الإسلامية.

ينص التشريع على أن القانون يسمح للمصارف والمؤسسات الإسلامية أن تقــوم بالأعمال الربحية وبجميع التعاقدات التجارية سواء عقود التمليك كالبــيع والصــرف، وعقــود العمــل، كالمقاولة والوكالة والوديعة وعقود المنفعة، كالإيجار والمزارعة والمساقاة، وعقود الاستيثاق كالرهن.

فـــإذا كانـــت المصــــارف التجارية محظور عليها أن تزاول أعمالاً غير مصـــرفية وفقاً للمادة ٩٠/أ،ب من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ فـــي شـــأن المصـــرف المركـــزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية وتعديلاته.

المصارف التجارية هي ممارسة التجارة أو الصناعة أو امتلاك البضائع أو المـــتاجرة بهـــا لحســـابها الخاص مالم يكن امتلاكها وفاءً لدين لها على الغـــير، وأيضـــاً يحظر عليها شراء العقارات لحسابها الخاص إلا ما استثنى بنص المادة (٩٠).

والقـــانون رقـــم (٦) لســـنة ١٩٨٥ قد استثنى المصارف والمؤسسات المالـــية مـــن هذا الحظر وأعطاها الحق في المتاجرة لحسابها الخاص وعن الغـــير. وهـــو مـــا تزاوله هذه المصارف، كعقود المرابحات سواء الأساس الإســـلامي المحلـــية منها أو الدولية. والمضاربات والإيجارات والمشاركات والمقاولات، وقد اجتهدت هذه المصارف عن طريق هيئاتها الشرعية لإيجاد الأساس الإسلامي لهذه العقود والتخريج الصحيح لها.

وأصبحت المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية اليوم تمثل قوة مالية اقتصـــادية كبيرة بما تملكه من رؤوس أموال و خبرات فنية، ولهذا تنبهت كثـــير من المصارف التجارية إلى هذا الأمر، فبدأت إما بتحويل هيكلتها إلى مصارف إسلامية، عن طريق جمعياتها العمومية، أو بتكوين فروع لها بذمة مالية مستقلة، تتعامل في المعاملات المصرفية الإسلامية، ولم يتم هذا الأمر فقـــط علـــى مستوى الوطن العربي والإسلامي، بل وقد امتد للدول الغربية، حيـــث كثير من البنوك الغربية استحدثت لها فروعاً مستقلة، تقوم بالتعامل المصرفي الإسلامي فقط. وقد يكون لغاية الربح، إلا أنها أنشأت هذه الفروع ووضـــعت علـــى نفســـها شروطاً والتزمت في ممارستها أن تتم عن طريق مراقبة من هيئات شرعية مكونة من علماء في الاقتصاد والفقه الإسلامي.

وهكـــذا فقـــد يكون السبق في إنشاء المصرف الإسلامي وكذلك إصدار القانون المنظم لوحدة المصارف والمؤسسات المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي

رئيس التحرير

البحوث والدراسات

الحكم الشرعي بين الثبات والتغير

د. عبد المجيد محمد السوسوة*

ملخص البحث:

تم التطرق في المقدمة إلى تعريف الحكم الشرعي عند علماء الأصول وعلماء الفقه وبيان الاختلافات بين الفريقين، ثم قَسَّمَ البحث إلى فصلين تناول في الفصل الأول ثبات الحكم الشرعي وتَضَمّنَ مبحثين تناول في الأول منها الثبات الكلي بمعنى استمرار الحجية للحكم الشرعي بصورة دائمة ومُلزمة للكافة في جميع الأحوال والأزمان، و تناول في الثاني منها عن الثبات النسبي ويُقصد به أن الحكم الشرعي المستنبط من دليل ظني ولم يتم الإجماع عليه يعتبر حجة شرعية مُلزمة على وجه الإجمال. أما الفصل الثاني فكان حول تغير الحكم الشرعي وتقصد به توقف العمل بالأحكام لعدم وجود مناطها في المسائل التي كانت تحكمها، ولو عاد المناط إلى تلك المسائل لعاد الحكم كما كان. وتضمن هذا الفصل أيضاً مبحثين، الأول عن تغير الحكم لتغير علته أو مقصده. ذلك لأن الأخذ بالمقاصد الشرعية والعلل مهم في فهم الأحكام، لأن الأحكام تتغير حسب المقاصد والعلل. وتناول في المبحث الثاني عن تغير الحكم لتغير مصلحته مبيناً ذلك أن الأحكام التي تُشرع بناء على المصلحة تكون تابعة لهذه المصلحة. فإذا بقيت المصلحة بقي الحكم الذي يترتب عليها وإذا تغيرت المصلحة اقتضى هذا التغيير حكماً جديداً مناسباً للمصلحة الجديدة.

---

* أستاذ مشارك للفقه وأصوله بكلية الشريعة جامعة الشارقة.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته واتبع هداه إلى يوم الدين. أما بعد ...

فمما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية قد أنزلها الله تعالى لتكون منهجاً شاملاً لتنظيم حياة الناس في جميع شؤونهم وفي كل زمان ومكان، ولتحقيق هذا الشمول شاء الله أن تكون أحكام هذه الشريعة متسمة بالثبات والمرونة، لكي تواكب حياة البشر التي تقوم على أمور ثابتة، وأخرى متغيرة، فالأمور الثابتة في حياة البشر نظمها الشارع بأحكام ثابتة، وأما الأمور المتغيرة فقد نظمها الشارع بأحكام مرنة تتلاءم مع ما يحدث في حياة الناس من تغيرات، وبذلك تستوعب الشريعة المتغيرات وتراعي ما يطرأ على أحوال الناس من تغيرات مختلفة، ويجد الناس في تطبيق الشريعة يسراً وسهولة، وتحقيقاً للمصالح ودرءا للمفاسد، وتلبية لحاجاتهم في جميع المجتمعات و على مر العصور، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾النحل ٨٩.

وإذا كان الثبات هو الأصل في معظم أحكام الشريعة فإن التغير في بعض الأحكام[١] هو الاستثناء، لذلك لا بد من بيان ضوابط هذا الاستثناء ومجالاته، حتى لا يكون مدخلاً لمن يريدون التفلت والتحلل من أحكام الشريعة باسم تغير الأحكام، ومن هنا تأتي أهمية البحث في موضوع "الحكم الشرعي بين الثبات والتغير"وسندرس هذا الموضوع دراسة أصولية تعمل على بيان وتحليل حالتي الثبات والتغير في الحكم الشرعي، ولكننا قبل ذلك نبين في هذه المقدمة ماهية الحكم الشرعي وتعريفه، وذلك على النحو التالي:

(١) موضوع تغير الأحكام الشرعية يقصد به دراسة ما يتغير من الأحكام بعد وفاة الرسول ﷺ، وهذا يعني أنه لا يتناول موضوع النسخ بين الأحكام الشرعية، أو التدرج في التشريع، لأن هذين الموضوعين كانا في فترة نزول الوحي، أي في حياة الرسول ﷺ.

تعريف الحكم الشرعي:

يختلف العلماء في تعريفهم للحكم: فالأصوليون يعرفونه بأنه: (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع)[(١)] بينما الفقهاء يعرفون الحكم الشرعي بأنه: (أثر الخطاب أي ما يتضمنه الخطاب) فمثلاً قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنى﴾ هو الحكم عند الأصوليين، أما عند الفقهاء فهو أثر هذا الخطاب، أي ما تضمنه النص الشرعي وهو حرمة الزنى[(٢)]. فالحكم عند الأصوليين هو النصوص الشرعية نفسها، وعند الفقهاء هو الأثر الذي تقتضيه النصوص الشرعية. فاصطلاح الأصوليين يترتب عليه اعتبار صفة الخطاب حكماً ودليلاً للحكم فهي حكم باعتبار ذاتها، لأنها كلام الله تعالى قصد به الطلب أو التخيير أو الوضع، وهي أدلة باعتبار تضمنها للحكم الذي هو الإيجاب أو الإباحة أو غيرها.

بينما اصطلاح الفقهاء يفرق بين الحكم الشرعي (الذي هو الأثر) وبين الدليل الذي يدل عليه من الكتاب أو السنة أو نحوها[(٣)].

وبالتأمل في كلا التعريفين نجد أن تعريف الفقهاء أقرب إلى الواقع العملي، إذ إن الحكم الشرعي هو الأثر لخطاب الشارع وليس الخطاب نفسه، أي أن الحكم الشرعي هو الوصف الذي يستنبطه العلماء من خطاب الشارع لتحديد أفعال المكلفين من حيث المشروعية وعدمها، وبذلك فإن الحكم الشرعي يتسع ليشمل كل الأحكام التي يستنبطها العلماء من نصوص الوحي مباشرة، أو بالقياس على ما جاء في نصوص الوحي من أحكام، أو بالاستنباط من بقية الأدلة التبعية التي

---

(١) هذا تعريف جمهور الأصوليين انظر الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، طبعة الحلبي القاهرة ١٩٦٧ م ٤٩/١، والتفتازاني: التلويح على التوضيح، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٦هـ ١٣/١، والعضد: شرح العضد على مختصر ابن الحاجب،طبعة دار الكتب العلمية بيروت ٢٢٢/١ وابن عبد الشكور مسلم الثبوت شرح فواتح الرحموت، طبعة بولاق القاهرة طبع مع المستصفى ٥٤/١، والشوكاني: إرشاد الفحول بتحقيق شعبان إسماعيل، طبعة دار السلام القاهرة ١٩٩٨م /٤٩/١ والزحيلي: أصول الفقه طبعة دار الفكر ١٩٨٦م ٣٨/١، وزيدان الوجيز في: أصول الفقه طبعة مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩٤م صـ ٢٣ .

(٢) زيدان: الوجيز في اصول الفقه صـ ٢٥

(٣) الزحيلي: أصول الفقه ٤١/١

أرشـــدت إلـــيها نصوص الوحي، كالمصلحة أو الاستصحاب أو غيرها من الأدلة. ولكن الأحكام الشرعية ليست على مستوى واحد: فمنها ما هو قطعي ومنها ما هو ظنـــي وذلـــك تبعاً للدليل الذي أخذ منه الحكم: فالمستنبط من الدليل القطعي يعتبر حكمـــاً قطعـــياً، والمســـتنبط مـــن الدلـــيل الظني يعتبر دليلاً ظنياً. كما أن الأحكام الشـــرعية منها ما هو ثابت ومنها ما هو متغير، وهذا ما سيدور بحثنا حوله حيث ســـنعرض فـــي هـــذا البحث لحالتي الثبات والتغير في الحكم الشرعي، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: ثبات الحكم الشرعي ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: الثبات الكلي

المبحث الثاني: الثبات النسبي

الفصل الثاني: تغير الحكم الشرعي ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تغير الحكم لتغير علته.

المبحث الثاني: تغير الحكم لتغير مصلحته.

المبحث الثالث: تغير الحكم لتغير العرف.

الفصل الأول

ثبات الحكم الشرعي

ثبات الأحكام الشرعية يعني استمرار حجيتها على الناس كافة في كل الأحوال والأزمان، لا يعتريها تغير أو تبديل، ولا يجوز الاجتهاد بعكسها، ويجب العمل بها وتحرم مخالفتها.

وهـذا الثبات قد يكون بصورة مطلقة وقد يكون بصورة نسبية، أي أن الثبات قـد يكون كلياً وقد يكون نسبياً [١] وهذا ما سوف نفصل الحديث عنه في مبحثين: المبحـث الأول نـتكلم فيه عن الثبات الكلي والمبحث الثاني نتحدث فيه عن الثبات النسبي.

المبحث الأول

الثبـات الكلـي

الثبات الكلي هو استمرار الحجية للحكم الشرعي بصورة دائمة وملزمة للناس كافـة في كل الأحوال والأزمان، لا يعتري هذا الحكم تغير ولا يطرأ عليه مخالف، ولا يجوز الاجتهاد بعكسه ويتحقق هذا الثبات في الأحكام القطعية وهي نوعان:

---

[١] الثـبات الكلي يكون للأحكام المستندة على الأدلة القطعية (نصوص قطعية أو إجماع) حيث تأتي الأحكام المستنبطة من الأدلة القطعية ثابتة لا تتغير لأن النصوص القطعية لا تتحمل إلا وجها واحداً لا يتغير أما الثـبات النسـبي فيكون للأحكام المستندة على الأدلة الظنية لأن الظنية في النص تجعله يحتمل أكثر من معـنى لذالـك فـإن الأحكـام التي تستنبط منها قد تختلف من عالم إلى آخر بحسب ما يترجح لديه من الـدلالات فالنصـوص الظنـية ثابـتة من حيث ألفاظها ولكن التغير يأتي في فهم الناس لدلالاتها لذلك فالأحكـام المسـتنبطة من الأدلة الظنية لها ثبات نسبي باعتبار أنها حجة على وجه الإجمال ولكنها عند التفصيل تختلف من حالة إلى أخرى كما سنوضحه .

الأول: الأحكام التي ثبتت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة، فهذا النوع من الأحكام ثابت لا يتغير عند جميع العلماء، ولا يمكن أن يكون محلاً للخلاف، ولا تتعدد فيه وجهات النظر أو تتعدد وجوهه أو معانيه، وذلك راجع إلى كون هذا النوع من الأحكام مستمداً من نصوص قطعية الدلالة والثبوت، فقطعية الدلالة تعني أنه ليس للنص إلاّ معنىً واحداً فقط لا يقبل التعدد أو الاختلاف و القطعية في الثبوت تعني أنه تم ورود النص بصورة متواترة تفيد اليقين ولا مجال فيها للظن، و لم يعد ثبوتها محلاً للبحث، كما أن الاجتهاد والبحث في النصوص القطعية لا يتعدى فهم دلالة النص وتفسيره بحسب ظاهره، ولا يجوز تأويله بصرفه عن ذلك المعنى إلى معنى آخر، وهذا هو المقصود بقولهم: (لا اجتهاد في مورد النص)[1] أي أن الحكم الشرعي الذي تضمنته النصوص القطعية قد حدد بدلالة صريحة، فيجب أن ينفذ في موضعه كما دل عليه وتتحقق هذه القطعية في نصوص القرآن والسنة المتعلقة بالعقيدة أو العبادات أو المقدرات من الكفارات و الحدود وفرائض الإرث، وغيرها من الأحكام الثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة[2]، فمثلاً قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ليس الاجتهاد فيها إلاّ مجرد فهم هذا النص وتنزيله حسب دلالته، لأنه نص قطعي الدلالة، فلفظ (ثمانين) من الألفاظ الخاصة التي لا تحتمل إلاّ معناً واحداً فقط، وأيضا فإن هذا النص قطعي الثبوت لكونه نصاً قرآنياً ثابتاً بالتواتر[3].

(١) يراجع الأمدي: الإحكام في اصول الأحكام ١٤٣/٤وابن الحاجب مختصر المنتهى مع شرحه للعضد طبعة دار الكتب العلمية بيروت ٢/٢٠٠ – ٣٠١ وابن عبد الشكور: مسلم الثبوت شرح فواتح الرحموت ٣٩٣/٢وابن أمير بادشاه: تيسير التحرير طبعة الحلبي ١٥٣١هـ جـ ١٧٩/٤ الغزالي المستصفى مطبعة الأميرية القاهرة ١٣٢٢ جـ٢ صـ ٣٥٤ و خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه طبعة دار القلم الكويت ط ٦ ١٩٩٣م صـ٩-١١

(٢) قال الغزالي: (المجتهد فيه كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي) المستصفى ٣٥٤/٢ وقال الأمدي: (وأما ما فيه الاجتهاد فما كان من الأحكام الشرعية دليله ظنيا) الإحكام ١٤٣/٤ فمجال الاجتهاد أمران: مالا نص فيه أصلا، أو ما فيه نص غير قطعي، ولا يجري الاجتهاد في القطعيات، وفيما يجب فيه الاعتقاد الجازم من أصول الدين، إذ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .انظر ابن القيم: إعلام الموقعين طبعة دار الجيل بيروت (بدون) جـ ٢ صـ ٢٧٩ والشاطبي: الموافقات طبعة دار الفكر القاهرة طبعة ١٤٠٢هـ ١٥٥/٤ والتفتازاني: التلويح على التوضيح جـ ٢ صـ ٢٤٨ والشوكاني: إرشاد الفحول جـ ٢ صـ ٧٢٢ وخلاف مصادر التشريع فيما لا نص فيه صـ ٨-٩

(٣) الأسنوي:نهاية السول طبعة عالم الكتب (بدون) ج٤ ص٥٢٩ والشوكاني: إرشاد الفحول ٧٢٢/٢ .

وعلـى هذا فإن الأحكام التي مصادرها نصوص قطعية الثبوت والدلالة أحكام لازمة يجب على كل مسلم اتباعها ولا يجوز أن يختلف المسلمون فيها [(١)].

الـنوع الثاني: الأحكام التي تم الإجماع عليها، فإنها أحكام قطعية يجب العمل بها وتحرم مخالفتها، ولا يجوز الاجتهاد بعكسها، حتى ولو كان ثبوت هذه الأحكام بأدلة ظنية، فإنها ترتفع بالإجماع عليها من الظنية إلى القطعية[(٢)].

ومـن أبـرز الأمـثلة على الأحكام القطعية التي لا تتغير ولا يجوز الاجتهاد بخلافها الأحكام الآتية[(٣)]:

١- أحكـام العقائد، مثل وجوب الإيمان بوحدانية الله تعالى والإيمان بملائكته وكتـبه ورسـله والـيوم الآخر، وأن محمداً خاتم النبيين، وأن القرآن الكريم آخر الكتب المنزلة أنزله الله هداية وتشريعاً للناس أجمعين فهذه الأحكام وما شابهها لا مجـال فيها للاجتهاد أو تعدد الآراء فيها، وإنما يجب التسليم بها بحسب ما جاءت به النصوص ودلت عليه، فهي حقائق ثابتة سرمدية أبد الدهر، لا تختلف أحكامها مـن شـخص إلى آخر أو من جيل إلى جيل، ولا بد للمسلم فيها من التزام النص حتى لو غابت عنه حكمتها، وعجز عقله عن مدركها ولذلك نجد عمر بن الخطاب ﷺ- مـع منزلته في فهم الشريعة- لم يسعه إلاَّ الامتثال، و حين أدرك العجز من نفسـه قـال: (إنـي أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع، ولكني رأيت رسول الله ﷺ استلمك وأنا استلمك فاستلمه) [(٤)].

٢- الأحكـام المـتعلقة بما هو معلوم من الدين بالضرورة، أي الأحكام التي يشترك في معرفتها الخاصة والعامة باعتبارها من الضروريات التي يجب على كل

---

(١) خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه صـ ١١
(٢) الشوكاني: إرشاد الفحول ٢٥٠/١-٢٥٣ وخلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه صـ ٩
(٣) خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص٩-١١ والزحيلي وهبة: أصول الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١١١٦ والدسوقي محمد: الاجتهاد والتقليد طبعة دار الثقافة الدوحة قطر ط ١ ١٩٨٧م ص٧٩-٨٢
(٤) رواه البخاري: ك الحج ب ما ذكر في الحجر الأسود صـ ١٥٩/٢/١٦٠

مسلم أن يؤمن بها، كفرض الصلوات الخمس وعدد ركعات كل صلاة وصوم رمضان ووجوب الزكاة والحج، وحرمة الزنى والخمر والربا، فهذه أحكام ثابتة لا تتغير لأنها يقينية نقلت إلينا بالتواتر القطعي.

٣- الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها، كوجوب التراضي في العقود والتزام الإنسان بعقده، وضمان الضرر الذي يلحقه بغيره، وسريان إقراره على نفسه دون غيره، ووجوب منع الأذى، وقمع الإجرام، وسد الذرائع إلى الفساد، وحماية الحقوق المكتسبة، ومسؤولية كل مكلف عن عمله وتقصيره، وعدم مؤاخذة بريء بذنب غيره، إلى غير ذلك من الأحكام والمبادئ الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها ومقاومة خلافها، فهذه لا تتبدل بتبدل الأزمان، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال(١).

٤- القواعد الكلية التي دلت عليها النصوص الصريحة، او استنبطت من نصوص الكتاب والسنة، مثل قاعدة: لا ضرر و لا ضرار، وقاعدة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فهاتان القاعدتان هما في الأصل نصوص نبوية، وهناك قواعد استنبطت من عموم العلة التي ربطت بها بعض الأحكام، مثل قاعدة: اليقين لا يزول بالشك.

ومن خلال ما سبق: فإن أبواب العقائد والعبادات – وكذا الأحكام الأساسية والقواعد الكلية – لا تقبل التغيير أو التبديل، بل إن المسائل الجزئية الثابتة بنص خاص غير معلل بعلة منصوصة فإنها لا تتغير ولا تتبدل، سواء كانت تلك المسائل عبادات أم معاملات، أم من المقدرات الشرعية كأنصبة المواريث وإيجاب الكفارات، ومقادير الحدود، وتحريم المحرمات، كالقذف والغصب والسرقة والكذب والظلم، وكذلك تحليل المباحات كحلية البيع والإجارة والرهن والشركة والنكاح

(١) الزرقاء: المدخل الفقهي العام طبعة دار الفكر بيروت ١٩٦٧م

وما ماثلها في المباحات، يقول ابن القيم: (الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقررة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه، والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة)(١).

المبحث الثاني
الثبات النسبي

يقصد بالثبات النسبي أن الحكم الشرعي المستنبط من دليل ظني - ولم يتم الإجماع عليه - يعتبر حجة شرعية ملزمة على وجه الإجمال، ولكنه عند التفصيل تختلف حجيته من حالة إلى أخرى، وذلك على النحو التالي:

أولاً: بالنسبة للمجتهد: فإنه ملزم بالحكم الذي استنبطه من الدليل الظني، فيجب عليه العمل به وتحرم عليه مخالفته، لأن ما توصل إليه المجتهد هو حكم الله في حقه، وليس للمجتهد أن يعدل عن اجتهاده ويقلد مجتهداً آخر فيما أساسه الاجتهاد القائم على غلبة الظن(٢). إلاّ إذا ترجح للمجتهد حجة غيره فإن له أن يعدل عن اجتهاده إلى اجتهاد غيره، وعدول المجتهد في هذه الحالة ليس تقليداً للغير، وإنما هو اجتهاد جديد منه.

---

(١) ابن القيم:إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان طبعة دار التراث العربي القاهرة ط١ ١٩٨٣م ج١ ص ٣٤٦

(٢) السبكي: جمع الجوامع مع حاشية المحلي طبعة الحلبي القاهرة جـ٢ ص٣٩٥، ومدكور: الاجتهاد في التشريع الإسلامي طبعة دار النهضة العربية القاهرة ط١ ١٤٠٤هـ ص١٣٩-١٤٠

ويظل المجتهد ملزماً بما توصل إليه من أحكام ما دام با قياً على اجتهاده ولم يطـرأ عليه اجتهاد جديد في ذات الموضوع، وإذا ظهر للمجتهد أدلة أخرى لم يكن علـى علـم بها أو تبين له في اجتهاده قصور أو خطأ فعليه أن يعدل عن اجتهاده السـابق، ويـبذل وسعه من جديد للنظر في المسألة على ضوء ما استجد له فيها من أدلة، ويكون ملزماً بالحكم الذي يتوصل إليه.

ثانـياً: بالنسـبة للمقلـد فإنه ملزم بالحكم الذي قلد فيه المجتهد، فيجب عليه العمـل بذلـك الحكم ويحرم عليه مخالفته، لأن المقلد والمستفتي يلزمه إتباع قول مفتـيه والأخـذ بفـتواه[1]، وإن لـم يذكر له الدليل الذي بني عليه الحكم. ولأن المستفتي ليس أهلاً لفهم الحكم الشرعي من دليله، لذلك لا جدوى من أن يذكر له الدلـيل، ولأن الـنظر في الأدلة ليس من شأن المستفتي، وإنما هو مأمور بسؤال أهـل الذكـر واتـباع أقوالهم، فقد كان المجتهدون من الصحابة والتابعين يفتون العامـة من غير إبداء المستند، ويتبعهم الناس من غير نكير. يقول الشاطبي: (إن فـتاوي المجتهدين بالنسبة إلى العوام كالأدلة الشرعية)[2] ووجود الأدلة وعدمها على السواء بالنسبة للمقلدين لأنهم لن يستفيدوا منها شيئاً، ومن ثم لم يكن النظر فـي الأدلـة والاستنباط من شأنهم، وقد قال تعالى ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [الأنبياء:٧] والمقلد غير عالم، فلا يصح له إلاّ سؤال أهل الذكر وإليهم مـرجعه فـي أحكام الدين على الإطلاق[3]. ولكن ابن القيم يرى أنه لا بد من ذكر الدلـيل مع الفتوى، لأنه جمالها وروحها، والمستفتى إذا ذكر له الدليل حرم عليه أن يخالف الفتوى وبرئ المفتي من عهدتها[4].

(١) الآمـدي: الإحكـام ج٤ ص١٩٣، والشـاطبي: الموافقات ج٤ص١٧٣ وخلاف مصادر التشريع فيما لانص فيه ص٩-١٢
(٢) الشاطبي: الموافقات ج٤ ص١٧٣
(٣) الشاطبي: الموافقات ج٤ ص١٧٣
(٤) ابن القيم: إعلام الموقعين ج٤ ص٢٥٩.

ثالثاً: إن الحكم الشرعي من الدليل الظني يعتبر حجة في حق المجتهد المستنبط لذلك الحكم ومن قلده ولكنه ليس حجة ملزمة للمجتهدين الآخرين، وإنما على كل مجتهد أن يبذل وسعه في التوصل إلى الحكم الشرعي واستنباطه من الدليل، وليس لمجتهد أن يقلد غيره ويترك اجتهاد نفسه. وبالتالي فإن الواقعة التي ظهر حكمها بالاجتهاد لا مانع من أن تكون مجالاً لاجتهاد آخر، طالما لم يحصل إجماع على تلك المسألة، فالاجتهاد السابق لا يمنع من اجتهاد لاحق، وإن أي اجتهاد في مسألة ما لا يعني منع الآخرين من الاجتهاد فيها، بل إن حق الاجتهاد فيما اجتهد فيه السابقون والمعاصرون مكفول لكل من هو جدير به[(١)].

وإن اجتهاد المجتهد في مسألة ما لا يمنع غيره من الاجتهاد فيها، لأن الحكم الذي توصل إليه المجتهد مبني على الظن، وليس عن طريق قطعي أو حكم مجمع عليه، وإنما أساسه الأمارات التي نصبها الشارع للاهتداء بها، وهذا يختلف باختلاف الافهام والمناهج[(٢)].

ومن المعلوم أن الدليل الظني حجة، إلاّ أن الحكم الشرعي المستنبط من الدليل الظني غالباً ما تتعدد فيه وجهات النظر وتختلف فيه الآراء؛ لذلك فإن ما يتوصل إليه مجتهد ما لا يكون ملزماً لغيره من المجتهدين، وإنما لكل مجتهد أن ينظر في ذلك الدليل ويستنبط منه الحكم الشرعي الذي يطمئن إليه قلبه.

و الدليل الظني يكون مجالاً لاختلاف العلماء وتعدد آرائهم، سواء من حيث ثبوته أو دلالته فإن كانت الظنية في ثبوت الدليل فإن اجتهادات العلماء تنصب على التثبت من صحة ورود ذلك الدليل وسلامة سنده من علامات الضعف، وإن

---

(١) الدسوقي: الاجتهاد والتقليد ص٥٠ –٥٦

(٢) مذكور الاجتهاد في التشريع الإسلامي ص١٣٩–١٤٠ خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص١٠ ويراجع: الآمدي: الإحكام ٤/١٣٥ وابن الحاجب: مختصر المنتهى ٢/٣٠١، وابن عبد الشكور: مسلم الثبوت٢/٣٩٤ وابن أمير بادشاه: تيسير التحرير٤/١٧٩ والغزالي المستصفى٢/ ٣٨٤

كانـــت الظنـــية في الدلالة فإن الاجتهاد فيها ينصب على تحديد المعنى المراد من النص، وحمل النص على المعنى الذي ترجحه الأدلة والقرائن(١).

فمـــثلاً القــراءة في قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهنَّ ثلاثة قروء﴾ [الـــبقرة آيـــة ٢٢٨] لفـــظ يدل على الحيض وعلى الطهر، ودلالته على أحدهما ظنية، ولذلك اختلف العلماء في تحديد المعنى المراد منه فذهب مالك والشافعي إلى أن المـــراد بالأقـــراء الأطهـــار، وعليه فإن المطلقة تعتد بأن تطهر ثلاث مرات، وذهـــب أبـــو حنيفة وأحمد إلى أن المراد بالأقراء الحيض، لهذا فقد رأيا أن عدة المطلقة هي أن تحيض ثلاث حيض(٢).

رابعـــاً: بالنسبة للكافة من الناس -غير المجتهدين- فإنهم ملزمون بالأحكام المســـتمدة من الأدلة الظنيةن ولكن الأحكام إذا اختلفت فلهم أن يأخذوا بأي واحد منها، لأن الأحكام المختلفة المستمدة من الدليل الظني تكون ملزمة لهم على وجه الإجمـــال، فـــلا يجوز لهم أن يتخلوا عنها جميعاً، وإنما لهم أن يأخذوا بأي اجتهاد مـــن تلك الاجتهادات المختلفة، أي أنهم مخيرون بأخذ الحكم الشرعي عن أي عالم من العلماء، ولا يلزمهم اتباع مجتهد بعينه، وإنما يلزمهم اتباع العلماء بشكل عام، ولهـــم أن يختاروا من بين الاجتهادات المختلفة في المسألة الواحدة اجتهاد العالم الـــذي يطمئـــنون إلـــى تقليده والأخذ عنه.(٣) يقول الأمدي: (العامي ومن ليس له

---

(١) مدكـــور الاجـــتهاد فـــي التشريع الإسلامي صـــ ٨٤ والزحيلي: بحث في الاجتهاد نشر في مجموعة بحـــوث مؤتمر الفقه الإسلامي بالرياض١٣٩٦هـــ ص١٨٦ وخلاف مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص ٩ .

(٢) يـــراجع أديـــب صـــالح في كتابه تفسير النصوص طبع المكتب الإسلامي بيروت ط٣ ١٩٨٤م جـــ ٢ صـــــ ١٤٧-١٤٨ حيـــث أورد أقـــوال العلمـــاء في هذه المسألة وفصل أدلتهم كما بين المراجع لما ذكروه .

(٣) يـــراجع هـــذا في مسألة لزوم تقيد المقلد بمذهب معين وذلك في: الأمدي: الإحكام ٢٠٥/٤ والمحلى على جمع الجوامع ٣٢٨/٢ وابن القيم: إعلام الموقعين ٢٦١/٤، والأسنوي: نهاية السول ٦١٧/٤، وابـــن الهمام: تيسير التحرير ٢٥٢/٤-٢٥٣، والشوكاني: إرشاد الفحول ٧١٧/٢، وخلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه صـــ ١٢ والزحيلي: أصول الفقه ١١٣٧/٢ .

أهليه الاجتهاد ... يلزمه اتباع المجتهدين والأخذ بفتواهم عند المحققين من الأصوليين)[١].

الفصل الثاني

تغير الحكم الشرعي

تمهيد:

يقصد بتغير الأحكام توقف العمل بها لعدم وجود مناطها في المسائل التي كانت تحكمها. ولو عاد المناط إلى تلك المسائل لعاد الحكم، وقد يكون تغير الحكم في استبداله بحكم آخر على الواقعة التي كان يحكمها، لظهور مناط جديد في تلك الواقعة اقتضى التغير.

وتغير الأحكام ليس نسخاً لها[٢] وإنما هو توقف سريان الحكم على القضايا التي كان يحكمها، لكون مناط الحكم لم يعد متوفراً، ولو عاد مناط الحكم إلى تلك القضايا لعاد الحكم كما كان[٣]، ومبدأ تغير الأحكام هو عمل في إطار المقصد الأكبر للتشريع الإسلامي المتمثل في إحقاق الحق و جلب المصالح ودرء المفاسد[٤]، إذ أن الأحكام المبنية على مناط معين (كالمبنية على الأعراف والمصالح والعلل) إذا لم تتغير لتغير مناطها يلزم عن هذا الجمود مشقة وإضرار بالناس[٥]، و لأن الحكم إذا لم يتغير بعد أن تغير مناطه يصير غير ملائم لما

---

(١) الآمدي: الإحكام ١٩٧/٤

(٢) الشاطبي: الموافقات ٢٨٦/٢)

(٣) وهذا ما نلاحظه في إيقاف عمر رضي الله عنه لسهم المؤلفة قلوبهم، فلم يكن ذلك نسخاً للحكم الشرعي، وإنما هو توقيف للحكم لأن مناطه لم يعد متحققا في تلك القضايا التي كان يطبق فيها.

(٤) الزرقاء مصطفى: المدخل الفقهي العام ص٩٢٥

(٥) ابن عابدين في الرسائل (رسالة نشر العرف) دار أحياء التراث، العربي ١٢٥/٢، والنجار: سيد صالح عوض في كتابه أثر العرف في التشريع الإسلامي الناشر دار الكتاب الجامعي ص٩٩

يحكمه، وهذا مخالف لقواعد الشريعة المبنية على اليسر ودفع الضرر والمشقة، والمبنية على تحقيق المصالح ودفع المفاسد، وهذا ما جعل العلماء يهتمون ببيان تغير الأحكام[1] لتغير مناطاتها، بل إن ابن القيم ينص على أن هذا الموضوع أصل عظيم من أصول الشريعة، وقع بسبب الجهل به غلط كبير على الشريعة، قال رحمه الله: (فصل في تغير الفتوى بحسب الأمكنة والأزمنة والأحوال والنيات والعوائد. ثم قال: هذا فصل عظيم النفع وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ...)[2].

وقد سبق بيان الأحكام الثابتة ثباتاً كلياً أو ثباتاً نسبياً واتضح من خلال ذلك العرض أن ثباتها راجع إلى ثبات ما تستند إليه وهي النصوص. أما الأحكام المتغيرة فإنها لا تكون إلاّ في الأحكام المستندة على المصالح أو العلل والأعراف، فهذه أمور قابلة للتغير، فإذا ما تغيرت العلة أو المصلحة أو العرف الذي بني عليه الحكم فإن الحكم يتغير لتغير أساسه.

وفي المباحث الثلاثة: القادمة سوف نفصل الحديث عن التغير في الحالات الثلاث ففي المبحث الأول سنتحدث عن تغير الحكم لتغير علته، وفي المبحث الثاني سنتحدث عن تغير الحكم لتغير مصلحته، وفي المبحث الثالث سنتحدث عن تغير الحكم لتغير العرف.

(١) ولعل من أبرز من تكلم في موضوع تغير الأحكام الإمام العز بن عبد السلام في كتابه (قواعد الأحكام) وشهاب الدين القرافي في كتابيه أنوار البروق في أنواع الفروق (والإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي و الإمام) وأبو إسحاق الشاطبي في كتابيه الموافقات والاعتصام وابن القيم في كتابيه إعلام الموقعين والطرق الحكمية كما اهتم بن عابدين في رسائلهِ (رسالة نشر العرف) و إذا كان بعض العلماء لم يتحدثوا عن موضوع تغير الأحكام بهذا المصطلح إلا أن حديثهم في بناء الأحكام على الأعراف المتجددة وكذا مراعاة المصلحة وما يجري عليها من تغيرات وكذا ملاحظتهم لعلل الأحكام وبنائها عليها وحرصهم على ربط الحكم بعلته وجودا وعدما واعتبار ذلك هو مناط الحكم و كل ذلك يعني تطبيقهم لتغير الأحكام عند تغير ما بنيت عليه .

(٢) ابن القيم اعلام الموقعين ٣/٣ وما بعدها .

المبحث الأول

تغير الحكم لتغير علته أو مقصده

إن من الأسس الهامة في استنباط الأحكام مراعاة العلل التي بنيت عليها، ولا يكفي مجرد الوقوف عند ظواهر النصوص دون فهم عللها ومقاصدها، فمن يقف عند ظواهر النصوص ويجمد عليها يجني على الشريعة بتفويت مقاصدها و أغراضها، ويجعلها غير ملائمة لما يجد من الظروف والأحوال، ولذلك فإن الأخذ بالمقاصد الشرعية والعلل مهم في فهم الأحكام؛ لأن الأحكام تتغير حسب المقاصد والعلل، فالأحكام الشرعية إذا ما أنيطت بعلة أو وصف أو سبب فإنها ترتبط به وجوداً وعدماً وتتغير بتغير ذلك. ولا يضر تغير الأسماء إذا ما بقيت العلة، كما لا يضر بقاء الأسماء أو الألفاظ الظاهرة[1] إذا ما كانت العلة قد انتفت (فمتى عرفت حكمة الحكم أو انضبطت فهي المعتبرة لا صورة الألفاظ الظاهرة، لأن الأسماء الشرعية لم تنط بها الأحكام لألفاظها وأسمائها فحسب وإنما لمدلولاتها و مسمياتها، فإذا ما تغير مدلول اللفظ وأصبح خلواً من معناه الذي أخذ الحكم من اجله، تغير الحكم بذلك التغيير)[2] لأن الشارع (يذكر العلل والأوصاف والمعاني المؤثرة في الأحكام، ليدل بذلك على تعلق الحكم بها إن وجدت، و اقتضائها لأحكامها وعدم تخلفها عنها إلاّ لمانع[3]).

وكذلك لا يضير تغير اسم الشيء طالما بقيت العلة قائمة ويدل على هذا ما رواه النسائي وغيره مرفوعاً قال (يشرب الناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها)[4] وعن ابن عباس مرفوعاً وموقوفاً (يأتي على ناس زمان يستحل فيه خمسة أشياء بخمسة أشياء: يستحلون الخمر بأسماء يسمونها بها، والسحت

---

(١) انظر تخريج الفروع على الاصول للزنجاني تحقيق محمد أديب صالح مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢ ص١٥٨.
(٢) الغرياني: الحكم الشرعي بين العقل والنقل طبعة دار المغرب الإسلامي بيروت ١٩٨٩م ص٣٢١
(٣) ابن القيم: إعلام الموقعين ج٨ ص١٩٦
(٤) النسائي ك الاشربة، ب منزلة الخمر ر ٥٦٥٨ أبو داود: ك الأشربة ب في الراذي ر ٣٦٨٨-٣٦٨٩ ص٤/٩١-٩٢

بالهديـــة، والقـــتل بالرهبة، والزنا بالنكاح، والربا بالبيع)[١] وترجم البخاري لذلك (بـــاب مـــا جاء في من يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه).. فدلت هذه الأحاديث علـــى أن الأحكـــام مرتبطة بمعان ومدلولات لا بألفاظ ومسميات، وإلاّ لصار الزنى والقتل وسائر الأوصاف الأخرى حلالاً عند تسميتها بغير أسمائها، فلم يفد المرابي تسمية الربا بالبيع ولم يفد شارب الخمر تسميته بالنبيذ[٢]، وقد نهى النبي ﷺ عن الانتباذ في الحنتم والجر والمزفت*، والمقصود أن الاختمار يسرع إلى المنبوذ في هـــذه الأواني وليس النهي لمجرد أسمائها، ولذا جاء في آخر الحديث" إنها لا تحل شيأً ولا تحرمه"[٣] وقد لعن الله اليهود لما حرمت عليهم الشحوم فأذابوها ليغيروا اســـمها، ثـــم باعوها وأكلوا ثمنها[٤]، فمع أنهم تخلصوا من أكل الشحم بأكل ثمنه مذابـــاً، - زاعمين الخروج من المحرم بتغيير اسمه-، إلاّ أن اللعنة وقعت عليهم، نظراً لأن المعنى المقصود لم يتغير فالمذاب كالجامد، والبدل يقوم مقام المبدل منه، وهـــذا ما تقتضيه الحكمة، فإن الله سبحانه إنما حرم المحرمات لما اشتملت عليه مـــن مفاســـد ومضـــار تلحق الدين والدنيا، ولم يحرمها لأجل أسمائها وصورها. وكذلك المباحات، أباحها لما فيها من نفع وخير للبلاد والعباد، ومعلوم أن المفاسد في المحرمات، والمنافع في المباحات إنما تتبع حقائق الأشياء ومعانيها لا ألفاظها وأســـماءها[٥] وعلـــى هذا فإن الحكم إذا كان معللاً بعلة منصوص أو مجمع عليها فإن هذا الحكم يتغير لتغير علته وجوداً وعدماً (لأن الشارع يذكر العلل والأوصاف والمعانـــي المؤثرة في الأحكام ليدل ذلك على تعلق الحكم بها إن وجدت واقتضائها لأحكامها وعدم تخلفها عنها إلاّ لمانع)[٦] ومثال ذلك ما ورد عن النبي ﷺ في منع

---

(١) استشـــهد به كل من الشاطبي في الموافقات والاعتصام، وابن القيم في إعلام الموقعين ولم أعثر على تخريجه فيما اطلعت عليه إلا أن ابن القيم قال عند ذكره روى ابن بطة باسناد إلى الأوزاعي قال: قال رسول لله ﷺ (يأتي على الناس زمان ...)

(٢) الغرياني: الحكم الشرعي بين العقل والنقل صـــ ٣١٦ – ٣١٧

(*) انظر البخاري ك الأشربة ب: ترخيص النبي ﷺ في الأوعية والظروف بعد النهي ومسلم ك الأشربة ب النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم

(٢) سنن ابن ماجه كتاب الأشربة جـ ٢ صـــ ١١٢٨

(٤) الحديـــث فـــي النكـــير على ما فعله اليهود بشحوم الميتة أخرجه البخاري بلفظ (قاتل الله اليهود) ك البيوع لا يذاب شحم الميتة ولا يباع صـــ ٣/٤٠

(٥) انظر الموافقات جـ ٢ صـــ ٣٨٣ وإغاثة اللهفان جـ ١ صـــ ٣٦٨

(٦) ابن القيم: إعلام الموقعين جـ ٨ صـــ ١٩٦

بني هاشم من أخذ الزكاة معللاً بأنها أوساخ أموال الناس، وأن الله عوضهم عنها بخمس الخمس[1] فلما فقد بنو هاشم هذا التعويض، ولم يعودوا يعطونه، رأى بعض الفقهاء أن يعاد إليهم سهمهم من الزكاة [2] لأنهم منعوا بعلة منصوص عليها وقد تخلفت.

وإن من الآثار الدالة على الأخذ بمبدأ تغير الأحكام لتغير علتها ما جاء عن النبي ﷺ أنه سئل عن الصائم يقبل أهله فنها عن ذلك، وسئل مرة أخرى عن نفس المسألة فأجاز ذلك، وما هذا التغير في الحكم إلاّ لتغير علته ومقصده: فقد نهى في المرة الأولى لأن السائل شاب يخشى أن يجره التقبيل إلى الجماع وفساد صومه، بينما السائل في المرة الثانية شيخ كبير لا يخشى عليه من التقبيل في أن يجره إلى الجماع وفساد صومه، فقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال (كنا عند النبي ﷺ فجاء شاب وقال: يا رسول الله أقبل و أنا صائم ؟ قال: لا، فجاء شيخ فقال: يا رسول الله أقبل وأنا صائم ؟ قال: نعم، فنظر بعضنا إلى بعض، فقال رسول الله ﷺ: قد علمت نظر بعضكم إلى بعض، إن الشيخ يملك نفسه)[3] وللحديث شاهد آخر من حديث أبي هريرة ﷺ (أن رجلاً سأل النبيﷺ عن المباشرة للصائم، فرخص له، وأتاه آخر فسأله فنهاه، فإذا الذي رخص له شيخ والذي نهاه شاب)[4].

فاستبين من حكم الرسول ﷺ أنه قد راعى القرائن والأحوال المحيطة بالسائلين، وأن حكمه قد ارتبط بمقصد وعلة، وأن الحكم دائر مع مخرجه وعلته، فالنهي عن القبلة ارتبط بعلة تحريك شهوة الصائم، وهذا ما يكون عليه حال الشباب، وأن جواز القبلة يكون في حالة عدم تحريكها للشهوة، وهذا ما يكون

(١) انظر صحيح مسلم جـ ٣ صـ ١١٨ ط صبيح في منع بني هاشم من الصدقة
(٢) انظر نيل الأوطار الشوكاني طبعة دار الجيل بيروت جـ٤ صـ ١٩٤ وسبل السلام الصنعاني طبعة دار الجيل بيروت ١٩٨٠م ٢/١٤٧
(٣) أخرجه أحمد في المسند الحديث رقم ٧٠٥٤وقال أحمد شاكر اسناده صحيح وفيه عبد الله بن لهيعة، فلعل هذا من الأحاديث التي رواها قبل الاختلاط ١
(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الصوم، باب القبلة للصائم حديث رقم ٢٣٨٧، ٢/٣٢٣

عليه حال الشيخ الكبير، وعلى ذلك يتنزل حديث عائشة (كان رسول الله ﷺ يقبل وهو صائم ويباشر وهو صائم، ولكنه كان أملككم لإربه)[١].

و بعد النبي ﷺ عمل الصحابة والتابعون والأئمة المجتهدون بمبدأ تغيير الأحكام لتغيير عللها، وكان لذلك أثر واضح في فتاواهم وفقههم لنصوص الشريعة. فقد كان فقههم للنصوص مرتبطاً بمقاصد الشريعة، حيث كانوا ينظرون إلى المعاني ومرامي الأحكام، ويدورون معها فيما يستنبطونه من أحكام، وفي تنزيلها على ما يستجد من النوازل والأحوال، ومن ذلك المثالان الآتيان:

الأول تقدير حد شارب الخمر: فقد روى البخاري عن عتبة بن الحارث ﷺ (أن النبي ﷺ اتى بنعيمان أو ابن نعيمان وهو سكران، فشق عليه، و أمر من في البيت أن يضربوه بالجريد والنعال، وكنت فيمن ضربه)[٢] وعن أبي هريرة ﷺ قال (أتى النبي ﷺ برجل قد شرب الخمر فقال: اضربوه. قال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده والضارب بنعله، والضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض القوم: أخزاك الله، قال: لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان)[٢].

فلم يكن في زمن النبي ﷺ تقدير معلوم لحد الخمر قال الزهري: (لم يكن رسول الله ﷺ فرض فيه حداً، و كان يأمر من حضره بأن يضربوه بأيديهم ونعالهم حتى يقول رسول الله ﷺ :ارفعوا)[٣].

ثم لما كان زمن أبي بكر ﷺ تغير الحال وكثر الشراب، فجعل حد الخمر أربعين. فقد روى البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما: (أن الشراب كانوا في خلافة أبي بكر أكثر منهم في عهد النبي ﷺ فقال أبو بكر: لو فرضنا لهم هذا.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصوم ٦٩/٣ حديث رقم ١٩٢٧ ومسلم ١٣٥/٣ وأبو داود ٢٣٨٢ وغيرهم
(٢) أخرجه البخاري في كتاب الحدود باب الضرب بالجريد والنعال
(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف تحقيق عبد الرحمن الأعظمي ط١ ١٩٧٢
(٤) المصدر السابق ٣٧٧/٧

فتوخى لهم نحواً مما كانوا يضربون في عهد النبي ﷺ فكان أبو بكر ؓ يجلدهم أربعين حتى توفي)[١].

فلما كان عهد عمر ؓ تتابع* الناس في الشراب واستخفوا العقوبة، فشاور كبار الصحابة في جلد شارب الخمر، وقال: (إن الناس قد شربوها واجترءوا عليها) فقال عبد الرحمن بن عوف (أخف الحدود ثمانون. فأمر به عمر)[٢].

وعن السائب بن يزيد قال (كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبي بكر وصدراً من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا و أرديتنا، حتى كان آخر إمرة عمر، فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين)[٣].

فقد نظر الصحابة إلى المقصد من الحد والتعزير وهو زجر الناس عن محارم الله، فداروا مع ما يحقق مقصد الحكم مع تغير الزمان والأحوال، ولم يجمدوا على ما كان الناس عليه في زمن رسول الله ﷺ إذ كان مجرد الإتيان بشارب الخمر وإحضاره أمام ملأ من الصحابة كافياً في ردعه وزجره. لكن لما استهان الناس بالعقوبة تغير الحكم حسبما يحقق المقصد منه[٤].

المثال الثاني: تصرف عمر ؓ في سهم المؤلفة قلوبهم، والمؤلفة قلوبهم هم الذين يراد تأليف قلوبهم على الإسلام، إما باستمالتهم إليه أو تثبيت قلوبهم عليه، أو كف شرهم عن المسلمين، أو رجاء نفعهم في نصرة الإسلام[٥].

وقد تألَّف النبي ﷺ قوماً على الإسلام يوم كان المسلمون بحاجة إلى مناعة الوجهاء والكبراء في القبائل والعشائر: فأعطى الأقرع بن حابس وصفوان بن

---

(١) البيهقي السنن الكبرى ٨/٣٢٠
* تتابع: أسرعوا ولجوا فيه.
(٢) انظر المصنف ٧/٣٧٨ السنن الكبرى ٨/٣٢١، فتح الباري ١٥/٦٧
(٣) أخرجه البخاري: الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال
(٤) الاجتهاد الفقهي صـ ١١٢ ندوة في كلية الأدب في جامعة محمد الخامس – الرباط المغرب طبعة دار النجار في الدار البيضاء ١٩٩٦م
(٥) ابن قدامة: المغني ٦/٤٧٦ القرضاوي فقه الزكاة: طبعة مكتبة وهبة ١٩٩٤م ٢/٥٩٤

أمـــية وعيينة بن حصن كل واحد منهم مائة من الإبل تأليفاً لقلوبهم على الإسلام، حـــتى قال صفوان: (لقد أعطاني وهو أبغض الناس إليّ، فما زال يعطيني حتى كان أحب الناس إليّ)[(١)].

وكذلـــك أعطـــى أبـــو بكـــر ﷺعدي بن حاتم والزبرقان بن بدر لمكانتهما في قومهما وكانا مسلمين.

فلمـــا كان عهد عمر بن الخطاب وظهر الإسلام في الناس، وصارت للمسلمين شـــوكة ومـــنعة، كـــان رأي عمر ألاّ يعطى المؤلفة قلوبهم شيأ على الإسلام، لأن رســـول الله ﷺ تـــألفهم على الدخول في الإسلام والثبات عليه، فلا يكون ذلك سنة دائمة.

فـــأوقف عمـــر ﷺ سهم المؤلفة قلوبهم لما رأى من تبدل الأحوال واستغناء الإسلام عنهم[(٢)].

ولـــيس ذلك نسخاً للحكم ، وإنما هو تصرف من عمر في تنزيل الحكم حسبما آل إلـــيه الحال في زمنه، والحكم باق ببقاء علته، ولا سبيل إلى القول بنسخه لأنه لا يتصـــور النســـخ في غير زمن النبي ﷺ، ولو كان منسوخاً لما عمل به أبو بكر في إعطاء المؤلفة قلوبهم [(٣)].

وإذا كان تغير الحكم يتمثل في إيقاف العمل بالحكم لتغير مناطه فقد يكون تغير الحكـــم فـــي استبداله بحكم آخر على الواقعة التي كان يحكمها، لظهور مناط جديد فـــي تلـــك الواقعة اقتضى ذلك التغير، وهذا ما طبقه العلماء كثيراً تحت قاعدة سد

---

(١) الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية طبعة دار المأمون ١٩٣٨م ط١ ١/٢٩٩.

(٢) فقـــد روى أن الأقرع بن جابس وعيينة بن حصن أقطعهما أبو بكر ﷺ أرضاً: فلما كان عهد عمر ﷺ جـــاء إلـــى عمر ليشهد على صحة الكتاب، فأخذه منهما ومزقه، وقال (إن رسول الله ﷺكان يتألفكما والإســـلام يومـــئذ قلـــيل، وإن الله قد أغنى الإسلام عنكما، فاذهبا فاجهدا جهدا كما لا يراعى الله إن رعيـــتما) وفي رواية: (فإن تثبتا على الإيمان، وإلا بيننا وبينكم السيف) أنظر السنن الكبرى للبيهقي ١٧/٢٠.

(٣) الاجتهاد الفقهي صـــ ١١٣ مرجع سابق .

الذرائـــع، والتي تعني منع ما كان مباحاً لظهور علة فيه تقضي بهذا المنع. ولعل مـــن أبـــرز الأمـــثلة لهـــذا الـــنوع من التغير ما عمله عمر ﷺ في منعه الزواج بالكتابيات لظهور علة رآها تستوجب ذلك المنع. فمن المعلوم أن الشارع قد أجاز للمســـلم أن يتزوج بالكتابية العفيفة، لما فيه من إعفاف للزوجة، لأنها قد تتعرف مـــن خـــلال ذلـــك علـــى معاني الإسلام ومبادئه ومحاسنه فتسلم، كما أن الزواج بالكتابـــية يقـــرب أهـــل الكتاب إلى الإسلام ويقلل من مساحة الجفوة بينهم وبين المســـلمين[1]، إلاّ أن عمـــر بن الخطاب رأى في زمانه أن الزواج بالكتابيات يفتح باباً من الفتنة على المسلمين، فمنعه خوفاً على المسلمين من أن يفتنوا بالكتابيات فيـــتأثروا بـــبعض مـــا عندهن من كفر، أو لعله خاف أن يفتنوا بجمالهن فيندفعوا بالـــزواج بالكتابيات، ويتركوا بنات المسلمين للعنوسة، لذلك نجده قال لحذيفة بن الـــيمان لمـــا تزوج بيهودية: (إني لا أحرمه، ولكني أخشى الإعراض عن الزواج بالمســـلمات. لأنهـــم يخـــتارون نساء أهل الذمة لجمالهن وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين)[2].

المبحث الثاني

تغير الحكم لتغير مصلحته

مـــن المعلـــوم ان الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق مصالح العباد ودفع المفاســـد عـــنهم في العاجل والآجل، في المعاش والمعاد، وذلك هو المقصد الكلي للشـــريعة الإســـلامية[1] ﴿يأيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم وشفاء لما في الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين﴾[يونس: ٥٧]

(١) شلبي محمد مصطفى ، تعليل الأحكام طبعة دار النهضة العربية ١٤٠١هـ ١٩٨١م صـ ٤٥
(٢) حميد الله محمد، الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، دار النفائس بيروت، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م ط ٥ صـ ٥١١-٥١٢، مناهج الاجتهاد مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٧م صـ ٥٤١
(٣) الشاطبي، الموافقات جـ ٢ صـ ٦

ولذلك: (فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعـــاد وهـــي عـــدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، فكل مصلحة خرجت عن العـــدل إلـــى الجـــور، وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل)[١].

وقـــد اهتم العلماء ببيان المصالح الشرعية وأقسامها ومراتبها والموازنة[٢] بيـــنها، وليس هذا محلاً لبسط الكلام عنها[٣]، وما نريد الحديث عنه في هذا المقام هـــو بـــيان، إن المصـــالح إما أن تكون منصوصاً عليها وإما أن يكون الشارع قد ســـكت عـــنها، فأما المنصوص عليها فلا خلاف في اعتبارها أساساً للأحكام، وأما المسكوت عنها– والتي تسمى بالمرسلة – فلا تعتبر أساساً للأحكام إلا إذا توفرت فيها الشروط[٥] التالية:

١– أن تكون مصلحة حقيقية وليست وهمية.

٢– أن تكون عامة وليست شخصية.

٣– أن لا تعارض حكماً أو أصلاً ثابتاً بنص أو إجماع.

٤– أن تكون معقولة بحيث لو عرضت على العقول السليمة لقبلتها.

---

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين ج ٣ ص ٣ وما بعدها

(٢) انظـــر الشـــاطبي، الموافقات ج ٢ ص٨ –١٣ والغزالي المستصفى ج١ ص ٢٨٧ وحسب الله: على اصول التشريع الإسلامي، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة ١٤٠٢هـ طبعة سادسة ص ٣١٠

(٣) إن المذاهـــب الأربعـــة يعتبرون المصلحة مصدراً للتشريع غير أن المالكية والحنابلة يجعلونها دليلاً مستقلا بعنوان المصلحة المرسلة أو الاستصلاح أي تشريع ما فيه المصلحة (أبو زهرة أصول الفقه ص ٢٨٠، ٢٨٣) وأنكرها الظاهرية والقاضي أبو بكر الباقلاني والآمدي وهذا غير مؤثر في حجيتها بعد ثبوت اعتمادها عند أغلب علماء المسلمين (البوطي ضوابط المصلحة ص٤٠٧)

(٤) انظر الغزالي: المستصفى ج١ ص ١٣٩ –١٤٤ والبوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. مؤسسة الرسالة ١٩٨٢ ط ٤ ص ١٥و ٧٧ و ١٣١ وغيرها من الصفحات.

وقد حرص العلماء على فهم المصالح التي بنيت عليها الأحكام ليستنبطوا في ضوء ذلك أحكاماً أخرى للقضايا والمستجدات التي لم يسبق الحكم عليها.

وكما بين العلماء أن الأحكام التي تشرع بناء على المصلحة تكون تابعة لهذه المصلحة. فإذا بقيت المصلحة بقي الحكم الذي يترتب عليها، وإذا تغيرت المصلحة، اقتضى هذا التغير حكماً جديداً مناسباً للمصلحة الجديدة، و هذا الأمر في حقيقته إنما هو تبدل الأحكام لتبدل مناطها وأنه إذا ارتفع المناط ارتفع الحكم لعدم مناسبته وملاءمته [1].

ولا يعتبر تغير الحكم لتغير مصلحته نسخاً، لأن النسخ انتهى بوفاة النبي ﷺ، وإنما هذا التغير توقيف لسريان الحكم على القضايا التي كان يسري عليها أو على مثلها لكون مناط الحكم لم يعد متوفراً في تلك القضايا وأنه لو عاد مناط الحكم إلى تلك القضايا لعاد الحكم كما كان [2].

ومبدأ تغير الحكم لتغير المصلحة التي بني عليها يعود إلى ما تتميز به الشريعة الإسلامية من السعة والمرونة، وقيامها على التيسير و رفع الحرج الذي نص عليه القرآن بقوله تعالى ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ [البقرة: ١٨٥]. وقوله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] وقوله ﷺ (إن هذا الدين يسر)[3] وقوله ﷺ (أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة)[4] كما أن السعة والمرونة في الشريعة قد جعلها تستوعب المتغيرات في حياة الناس، وذلك بأن شرع للمتغيرات أحكاماً تتوائم معها تيسيراً لحياة الناس ومراعاة لمصالحهم وظروفهم المتغيرة، وبهذا فإن تغير الأحكام لتغير ما بنيت عليه من مصلحة يعتبر - كما ذكر ابن القيم - باباً جليلاً وأصلاً عظيماً من أصول الشريعة، وقع بسبب الجهل به غلط كبير على الشريعة، قال ابن القيم:

---

(١) ابن عابدين الرسائل ٢/١٢٥ والنجار: أثر العرف في التشريع ص٩٩.
(٢) شلبي: المدخل في التعريف بالفقه دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٩م ص ١٢١
(٣) البخاري ك الإيمان، ب الدين يسر ١/١٤
(٤) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان ب الدين يسر تعليقاً: ١/١٤. وانظر مسند احمد ١/٢٣٦ و٥/٢٦٦

(فصـل فـي الفتوى بحسب الأمكنة والأزمنة والأحوال والنيات والعوائد) ثم قال: (هـذا فصل عظيم النفع وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسـألة خرجـت من العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسـدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن ادخلت فيها بالتأويل)[١] و علـى هـذا فإن الأحكام المبنية على المصالح إذا لم تتغير لتغير ما بنيت عليه يلـزم عن ذلك مشقة وإضرار بالناس، وهذا مخالف لقواعد الشريعة المبنية على اليسر ودفع الضرر والمشقة والمبنية على تحقيق المصالح ودفع المفاسد.

ويشـهد لاعتـبار المصالح في تغير الأحكام العديد من الأمثلة – منها ما ورد عـن النبي ﷺ، ومنها ما ورد عن الصحابة والتابعين و أئمة الفقه– ونذكر عدداً من تلك الأمثلة، وذلك على النحو التالي:

١– يشـهد لاعتـبار المصالح في تغير الأحكام أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعزم أحياناً القيام بأمر ثم يمتنع عنه ؛ لأنه لا يحقق مصلحة، أو لأنّ فيه من الضـرر ما يغلب المصلحة، فقد قال النبي ﷺ يوماً لعائشة: (لولا أن قومك حديثو عهـد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم)[٢] فبناء البيت على قواعده الأولى أمـر مطلـوب، ولكـن النبـي صلى الله عليه وسلم تركه مخافة افتتان الناس به لحداثـتهم بالكفـر، و أخـذ النبي ﷺ بحكم شرعي آخر بدلاً عن الأول لمصلحـة أرجح[٣].

---

(١) ابن القيم: أعلام الموقعين ٣/٣ وما بعدها

(٢) البخاري: كتاب الحج باب فضل مكة وبنيانها ٢ /١٥٦ ابن حجر العسقلاني: فتح الباري ٣/٢٢٥

(٣) ولذلك نجد أنه عندما انتهت هذه المصلحة وتغيرت الظروف فلم يكن هناك مانع من إعادة بناء الكعبة على قواعد إبراهيم عليه السلام وهذا ما فعله عبدالله بن الله بن الزبير رضي الله عنه. انظر: البخاري كتاب الحج، باب: فضـل قلة وبنيانها.كتاب الحج، باب: نقض الكعبة وبنائها. مسلم: عبد الملك بن مروان بإعادة بنائها ولـم يحـدث مـا كان يخشى حدوثه في عهد رسول الله ﷺ لبعد المسلمين عن زمن الجاهلية وتمكن الإسلام في نفوسهم النجار: سيد صالح في كتابه أثر العرف ص١٠٢.

ومما يشهد لاعتبار المصلحة في تغير الأحكام إذن النبي صلى الله عليه وسلم فـــي ادخار لحوم الأضاحي بعد النهي عنه فقال النبي ﷺ (كلوا وأطعموا و ادخروا، فـــإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها)(١) وفي رواية أخرى (كنت نهيتكم من أجل الدافة، فكلوا و ادخروا وتصدقوا)* ففي هذا الحديث بيان ان الحكم قـــد ينتهـــي لأنه إرتبط بمصلحة معينة، فلما انتهت تلك المصلحة تغير الحكم تبعاً لها. فقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم أن سبب المنع من الادخار هو الدافة*، وأنه لما زال السبب وتغيرت الحالة أباح لهم الادخار.

٢- عمـــل الصحابة ﷺ بمبدأ تغير الأحكام لتغير مصلحتها ومن ذلك ما عمله عـــثمان ﷺ في ضوال الإبل، فقد كانت ضوال الإبل تترك وشأنها أيام الرسول ﷺ ، وسار على ذلك أبو بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما جاء عثمان ﷺأمر بالتقاطها وتعريفها وبيعها، ووضع ثمنها في بيت المال حتى يحضر ربها فيأخذ ثمنها(٢).

فالرسول ﷺ منع من التقاطها إذ كان الغالب على الناس الصلاح والتقوى، فلم تـــك يد تمتد إلى ما ليس ملكاً لها، ولكن عثمان لما رأى الناس قد دب إليهم فساد الأخـــلاق والذمـــم، وامتدت أيديهم إلى الحرام أمر بذلك التدبير، لما فيه من صون لضالة الإبل من أن تنالها يد سارق أو طامع، ففعل عثمان وإن خالف ظاهر النص إلاّ أنـــه موافق لمقصوده، إذ لو بقي العمل على موجب النص بعد فساد الذمم لآل الأمـــر إلى عكس مراد النبي ﷺ في صيانة الأموال وكانت نتيجته ضرراً(٣)، فمنع الرسول ﷺ من التقاطها معلل بأن أيدي الناس لا تمتد إليها والحكم يدور مع علته

(١) البخاري: كتاب الأضاحي باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي ٦/٢٣٩
* البخاري:كتاب الاضاحي باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي ج ٦ ص ٢٣٩ مع فتح الباري.
* الدافة بتشديد الفاء قوم يسيرون جميعا سيرا خفيفا ودافة الأعراب من يريد منهم المصر، والمراد هنا من ورد من ضعفاء الأعراب للمواساة . انظر نيل الأوطار ج ٥ ص ١٤١.
(٢) روى ذلـــك مالك عن ابن شهاب الزهري في الموطأ طبعة المكتبة الثقافية ببيروت ١٩٨٨م ٢/٧٥٩ . فقد سئل النبي ﷺعن ضالة الإبل هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردها على صاحبها متى ظهر فقال: (مـــالك ولهـــا دعهـــا فإن معها حذاءها و سقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها) الحديث متفق عليه وهو من رواية زيد بن خالد انظر نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٨٢
(٣) الزرقاء: المدخل الفقهي العام صـــ ٩٣٢

وجــوداً و عدماً، فإذا فسد الزمان و امتدت أيدي الناس إليها بغير حق فلا بد من ذلــك التدبــير الــذي عمله عثمان، أو أي إجراء يراه أولو الأمر يؤدي إلى حفظ الضالة.

٣- ويشــهد لاعتــبار المصالح في تغير الأحكام ما كان يفعله التابعون، ومن ذلــك أن بعضاً منهم أفتى بجواز التسعير، مع أن الرسول ﷺ قد نهى عنه*، وذلك لأنهــم وجــدوا حالــة الأسواق في حاجة ماسة إلى التسعير لتغير الذمم واختلال الأمانــة بيــن الــناس، وهذا ما لم يكن في عهد رسول الله ﷺ حيث كان يسودهم صلاح الذمم، كما أن حجم التبادل التجاري بين الناس كان محدوداً، بينما كثر وكبر فــي زمــن التابعين، لذلك فإن الرسول ﷺ نهى عن التسعير، لأنه لم يكن يوجد ما يقتضيه ولو كان يوجد ما يقتضيه لفعله(١).

وممن قال بجواز التسعير سعيد بن المسيب، وربيعة بن عبد الرحمن، ويحيى بــن سعيد، ولا سند لهم فيما قالوا سوى مصلحة الناس التي تبدلت، فتبدل الحكم تبعاً لها، يقول الباجي موضحاً وجهة القائلين بالتسعير (ووجهه ما يجب النظر في مصــالح العامــة والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد وليس يجبر الناس على البــيع، وإنمــا يمــنعون بغــير السعر الذي يحدده الإمام، على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع) (٢).

وكذلــك ردوا شــهادة الوالد لولده والزوج لزوجه والأخ لأخيه مع تجويز من قــبلهم قبول الشهادة منهم، وفي هذا يقول الزهري رحمه الله عنه، لم يكن يتهم ســلف الأمــة الصالح في شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا

* فعن أنس ﷺ قال: (غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت ؟ فقال: " إن الله هــو القــابض الباسط الرزاق المسعر وإني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال " رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي انظر نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٤٥.

(١) ابن القيم: الطرق الحكيمة طبعة دار الفكر اللبناني ١٩١م صـ ٢٢٤

(٢) اللباجــي: المنــتقى شــرح الموطأ المغرب ١٣٣١م جـ٥ صـ ١٨ وبذلك يكون حكم النبي ﷺ في التسعير من قبيل التصرف بالإمامة والسياسة، وليس من قبيل الفتوى والتبليغ الذي لا يتغير .

الــزوج لامــرأته، ثــم دخل الناس بعد ذلك فظهرت منهم أمور حملت الولاة على اتهامهم، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت له قرابة (١).

ومــن الأمــثلة في هذا السياق ما وقع من عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه عندما كان والــياً علــى المديــنة، فكــان يحكم للمدعي بدعواه إذا جاء بشاهد واحد وحلف اليميــن*، فيعد يمين المدعي قائمة مقام الشاهد الثاني، فلما ولى الخلافة وأقام في عاصمة الدولة بالشام – لم يحكم إلاّ بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، فسئل عن ذلك، فقال: لقد وجدنا أهل الشام على غير ما عليه أهل المدينة (٢).

وقــد استمر عمل العلماء بمبدأ تغير الحكم لتغير مصلحته، ومن ذلك ما نقله الباجي عن مالك* في أنه رأى خلاف ما حكم عمر جبراً على محمد بن مسلمة في أن يســمح للضــحاك بن خليفة بإمرار الماء من أرض محمد بن مسلمة، ومخالفة مــالك في هذا إنما كان لاختلاف حال الناس في عهد مالك عما كان عليه الحال في عهد عمر، فقد روى عن مالك أنه قال: (تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجــور، فلــو كان الأمر معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن

(١) شــبلي: تعلــيل الأحكــام صـــ ٣١٠ والعالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ط ١ ١٩٩١م

* وذلــك عمــلا بالحديــث الذي رواه ابن عباس رضي الله عنهما " أن رسول الله ﷺ قد قضى بيمين وشــاهد " رواه أحمد ومسلم وأبو داوود وابن ماجة وفي رواية لأحمد إنما كان ذلك في الأموال انظر نيل الأوطار ج ٨ ص ٦٣٧.

(٢) حسب الله اصول التشريع الاسلامي صـ١٠٦.

* الباجــي ذكــر هذا عند شرحه لما رواه مالك في أن الضحاك بن خليفة طلب من محمد بن مسلمة أن يســمح له بامــرار المــاء من أرضه وحكم عمر له بذلك جبرا ونص القصة كما ورد في الموطأ "أن الضــحاك بــن خلــيفة ساق خليجا له من العريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمــد فقــال له الضحاك لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي ســبيله فقــال محمد: لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضــرك فقــال محمــد لا والله فقــا عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضــحاك " انظــر الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق ص ٦٣٨ طبعة دار الآفاق الحديثة بيروت ط ٤، ١٩٨٥.

يقضى له بإجراء مائه. ولكن فسد الناس واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء) [١]

ويعلـل الباجي مخالفة مالك لعمر قائلاً: (إنما كان لاختلاف أحوال الناس، وأن أهـل زمـنه قويت فيهم التهمة، باستحلال مالم يكن يستحله أهل زمان عمر، وإن حكـم ابن الخطاب تمثل في الأزمنة التي يغلب على أهلها الصلاح والدين والتحرج عما لا يحل..) [٢].

المبحث الثالث

تغير الأحكام لتغير العرف

العـرف هـو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمـة بالقـبول[٣] بمعـنى أنه ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفـظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه وهو بمعنى العادة الجماعية وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي[٤].

وقـد اعتبر الفقهاء[٥] العرف مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي مستدلين علـى اعتـباره حجـة بما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية من إشارات إلى اعتماد العرف حيث قال تعالى: ﴿خذ العفو وامر بالعرف[٦]﴾ -أي المعروف- وقال

(١) الباجي: المنتقى جـ ٦ صـ٤٥ وما بعدها
(٢) المرجع السابق
(٣) الغزالي: المستصفى ١/١٧، والزحيلي: وهبه أصول الفقه ٢/٨٢٨
(٤) و الزحيلي: أصول الفقه جـ ٢ صـ ٨٢٨
(٥) المرجع السابق جـ٢ صـ ٨٢٨
(٦) النساء آية ٢٥

تعـــالى: ﴿وآتوهـــن أجورهـــن بالمعروف﴾[1] وقال النبي ﷺ لهند: (خذي مايكفيك وولدك بالمعروف)[2].

كمـــا استدلوا على حجية العرف بأن العقل يقضي بان ما تعارف عليه الناس وصـــار من حاجياتهم وأساليبهم ومتفقاً مع مصالحهم مما لا يخالف الشرع فيجب مـــراعاته؛ لأن الشـــريعة جـــاءت لتحقيق المصالح، والشارع راعى الصحيح في أعراف العرب من التشريع ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج.

ولا شك أن العرف لا يكون معتبراً إلاّ بتحقيقه لمصالح الناس وعدم مصادمته لنص شرعي أو قاعدة شرعية وأن يكون عاماً أو غالباً و مطرداً.

و أكـــثر الناس إعمالا للعرف واستناداً إليه هم الأحناف، ويأتي بعدهم المالكية والحنابلة ثم الشافعية[3].

و العـــرف بطبيعته عرضة للتغير والتبدل من زمن إلى آخر، لذلك فإن الأحكام التـــي تبـــنى علـــى العرف مآلها إلى التغير إذا ما تغير العرف، يقول القرافي (إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت)[4].

وقد حكى القرافي الإجماع على أن الأحكام التي أساسها العرف والعادة تتبدل وتتغـــير تـــبعاً لتغـــير العرف والعادة التي بنيت عليها، يقول القرافي: (ان إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين بـــل كـــل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة)[5].

---

(١) الأعراف آية ١٩٩
(٢) الـــبخاري ك البيوع ب من أجرى أمراً لأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة جـــ ٣ صـــ ٣٦
(٣) البلتاجي مناهج التشريع مطابع جامعة الإمام السعودية ١٩٧٧م ج١ ص٤٠٨، ٢/٦٤٧، ٨٦٤، ٨٦٦
(٤) القرافي: القروق طبعة عالم الكتب بيروت جـــ ١ صـــ ١٧٦
(٥) القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ط ١ ١٩٣٨م صـــ ٩٧ وصـــ ٩٨

ولذلك يجب مراعاة العرف المتجدد وبناء الحكم عليه يقول ابن عابدين (إعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي، وكثير منها ما يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولاً، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس: فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم عنه المشقة والضرر بالناس)[1]. وعلى هذا فإن الأحكام المبنية على الأعراف إذا لم تتغير لتغير ما بنيت عليه يلزم عنها مشقة، وإضرار بالناس. وهذا مخالف لقواعد الشريعة المبنية على اليسر ودفع الضرر والمشقة يقول القرافي: (تراعى الفتاوي على طول الأيام، مهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه، ولا تحمل على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجبه على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه وافته به، دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح، والجري على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين)[2] ويقول ابن القيم: (ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف أعرافهم وعوائدهم و أزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على اختلاف أبدانهم، والله المستعان)[3].

وتغير الأحكام لاختلاف العوائد، أو تغير الأعراف، ليس تغيراً في أصل الخطاب الشرعي أو نسخاً له، وإنما ذلك يعني أن العرف إذا تغير اقتضى حكماً يلائمه تبعاً لتغير مناط الحكم، وفي هذا تطبيق لقاعدة دوران الحكم مع علته

(١) ابن عابدين: الرسائل (رسالة نشر العرف) ٢/١٢٥
(٢) القرافي: الفروق ٢٨ المسألة التالية ١/١٧٧
(٣) ابن القيم: إعلام الموقعين جـ ٣ صـ٧٨.

وجوداً وعدماً[(١)] يقول الشاطبي في حديثه عن اختلاف الأحكام باختلاف العادات (إن ما جرى ذكره من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد ليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب، لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية، والتكليف كذلك، لم يحتج في الشرع إلى مزيد وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها)[(٢)].

وهذا يعني أن تغير الأحكام لتغير ما بنيت عليه من أعراف ليس نسخاً للأحكام بأحكام أخرى وإنما هو تغير في الحكم لتغير المناط الذي بني عليه الحكم، لأن الحكم المبني على مناط معين يدور مع ذلك المناط وجوداً وعدماً، فيوم أن كان العرف، يقضي بحكم معين فإن هذا الحكم يتغير إذا ما تغير العرف[(٣)] وهو ما تعنيه القاعدة الفقهية: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[(٤)].

ولقد طبق العلماء قاعدة تغير الأحكام لتغير الأعراف في كثير من المسائل التي بنيت عليها تلك الأحكام ومن ذلك ما روي عن الإمام الشافعي أنه بعد انتقاله من العراق إلى مصر (١٩٩هـ) غير رأيه في المسائل التي استند فيها إلى العرف، والسبب في هذا التغير يعزى إلى اختلاف البيئات والأقطار، وقد اشتهر ذلك عنه[(٥)].

كما روي أن أبا يوسف ومحمد قد خالفا أبا حنيفة في كثير من المسائل تبعاً لتغير الأزمنة، كما في مسألة تعديل الشهود فقد كان أبو حنيفة يرى الاكتفاء في عدالة الشهود بظاهر العدالة، ولم يكن يشترط تزكية الشهود، لأن العدالة كانت

---

(١) النجار: أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٩٩.
(٢) الشاطبي: الموافقات ج٢ ص ٢٨٢ .
(٣) ابن عابدين: الرسائل (رسالة نشر العرف) ج٢ ص ١٢٥ والزرقاء: المدخل الفقهي العام ص ٩٢٥
(٤) حودت: أحمد باشا مجلة الأحكام العدلية العثمانية مطبعة شعاركو،دم، د.ت، د. ط مادة ٣٩ ص ٢٠
(٥) خلاف مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص١٤٨ ويوسف حامد العالم: المقاصد العامة للشريعة ص ١٨٢ ص١٨٢ والبلتاجي مناهج التشريع ج ٢ ص٨٦٥.

غالبة في زمن أبي حنيفة، فهو أدرك الزمن الذي شهد له الرسول ﷺ بالخيرية* بينما صاحباه كانا في زمن فشا فيه الكذب، فلما رأيا فساد الناس اشترطا لقبول الشهادة تزكية الشهود ولم يكتفيا بظاهر العدالة. وقد ذكر ابن عابدين أن العلماء قد نصوا على أن هذا الاختلاف اختلاف عصر و أوان، لا اختلاف حجة وبرهان [1].

وقد سلك المتأخرون من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة نفس المسالك في المخالفة فأفتوا بأحكام تخالف المروي عن أئمتهم معللين ذلك بالحاجة، واختلاف الزمن وتغير الأحوال[2]. ولذا نرى القرافي يقول في إيقاع الطلاق الثلاث، بقول الزوج (علي الحرام): " وإياك أن تقول إنا لا نفهم منه إلاّ الطلاق الثلاث لأن مالكاً ﷺ قال ذلك، أو لأنه مسطور في كتب الفقه، لأن ذلك غلط، بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلاً لك من جهة الاستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام ... فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في الكتب بل المسطر تابع لاستعمال الناس) .وقال في موضع آخر: (ومن افتى بغير ذلك- يقصد مراعاة العادة- كان خارقاً للإجماع، فإن الفتيا بغير مستند مجمع على تحريمها .. ومتى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين وحرمت الفتيا بالأولى، وفي موضع ثالث يقول: الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين)[3].

كما أفتى فقهاء الحنفية في كثير من المسائل بغير ما أفتى به الإمام أبو حنيفة وصاحباه، وما ذلك إلاّ مجاراة منهم للعرف الجاري في زمانهم، الذي لو

* والحديث عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال: " خير أمتي قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم " قال عمران: فلا أدري أذكر بعد قرنه قرنين أو ثلاثة ؟ ثم إن من بعدهم قوما يشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون وينظرون ولا يوفون ويظهر فيهم السمن " متفق عليه وانظر نيل الأوطار ج ٨ ص ٦٥٢.

(١) ابن عابدين: الرسائل ٢/١٢٤ وما بعدها وشلبي: تعليل الأحكام صـ ٣١١
(٢) العالم: المقاصد العامة للشريعة صـ ١٨٣
(٣) القرافي: الفروق جـ ١ صـ ٤٣ وما بعدها و صـ ١٧٦

كان في زمن الأئمة لأفتوا به، للحاجة واختلاف الأزمان وتغير الأحوال، ومن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن لانقطاع عطايا المتعلمين التي كانت في الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا اجرة لزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب في حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين. فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الإمام أبو حنيفة وصاحباه وهو عدم جواز الاستئجار على ذلك وأخذ الأجرة عليه، لأنه طاعة من الطاعات كالصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك[١].

ومن خلال ما سبق يتجلى لنا مدى اهتمام العلماء وتطبيقهم لقاعدة (تغير الأحكام لتغير الأزمان) ولعل أبرز العلماء اهتماماً بهذا الموضوع الإمام ابن قيم الجوزية حيث عقد في كتابه " إعلام الموقعين " فصلاً كاملاً عن تغير الفتوى واختلافها بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال وتغير أعراف الناس وعاداتهم[٢]، ومهد لذلك بكلام حول بناء الشريعة على مصالح العباد، وضرب أمثلة كثيرة على قاعدة تغير الفتوى واختلافها لاختلاف أحوال الناس وعاداتهم وظروفهم، فمثلاً قال: بأن صدقة الفطر لا تتعين في الأنواع التي وردت في الحديث[٣]، لأنها كانت غالب أقواتهم بالمدينة، وعلى المجتهد أن يفتي في كل بلد بإخراج غالب أقواتهم وما يحقق الغرض من شرعية صدقة الفطر.

وللشاطبي جهد في بيان قاعدة تغير الأحكام لتغير الأعراف ومن ذلك أنه قسم[٤] العوائد والأعراف من حيث قابليتها للتغير وعدمه إلى قسمين:

(١) العالم: المقاصد العامة للشريعة ص ١٨٣ وما بعدها.
(٢) ابن القيم: إعلام الموقعين ج ٣ ص ٣- ٥٨.
(٣) الحديث متفق عليه وهو من رواية ابن عمر ولفظ الحديث: (فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر صاعاً من تمراً وصاعاً من شعير على العبد والحر والذكر والأنثى والصغير والكبير من المسلمين) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب فرض زكاة الفطر ٣/٤٣٠ (مع فتح الباري)، وأخرجه مسلم في كتاب الزكاة باب كما يؤدي في زكاة الفطر ٨/٦٣ (مع شرح النووي).
(٤) انظر الموافقات ج ٢ ص ٢٨٣.

القســـم الأول: عرف بيَّن الدليل الشرعي حكمه من وجوب أو حرمة أو ندب، فهـــو ثابـــت أبداً لا يجوز خلافه كالأمر بإزالة النجاسة، وستر العورة وأخذ الزينة المـــباحة وسلب الشهادة عن العبيد، وجعل المرأتين كالرجل في الشهادة، والنهي عن طواف الطائف بالبيت عرياناً، فهذه الأشياء وأمثالها عوائد شرعية نص عليها الشارع بخصوصها، لا يتغير حكمها بتغير عادات الناس فيها.

القســـم الثانـــي: عوائد جارية بين الناس لم يتعرض لها دليل شرعي بنفي أو إثبات، وهي ثلاثة أنواع:

أ- مـــا كان منها متعلقاً بأنماط السلوك وتصرفات الناس وهيئاتهم، وحكمه تـــابع لمـــا تعـــارف عليه الناس وارتضوه ويتبدل الحكم فيه باختلاف البيئات والأعراف، فما يكون مكروهاً في البادية ربما يكون محموداً في المـــدن، والعكـــس صـــحيح، ومـــثل الشاطبي[1] له في عصره بكشف الـــرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع، فهو قبيح لذوي الهيئات في البلاد الشـــرقية، وقادح للعلة، وعند أهل المغرب غير قبيح ولا قادح، فالحكم الشـــرعي اختلف باختلاف البلاد. أما اليوم فلم يعد كشف الرأس قادحاً فقد اعتاده معظم الناس.

ب- أعراف عملية تعارف عليها الناس في معاملاتهم، كمعرفة ما يعد عيباً فـــي المبـــيع ومـــا لا يعد، وما يعتبر عيباً فاحشاً أو يسيراً، وما يسمى ضـــرراً في المعاشرة الزوجية وما ليس كذلك، فهذا النوع لا خلاف في اعتباره كما تقرر في العرف.

جـ- أعراف تفسر مدلولات الألفاظ، وتنقل مدلول العبارة من معنى إلى معنى آخـــر بحسب اختلاف الجهات وأرباب الصنائع والأسواق، ويتغير الحكم تـــبعاً لتغـــير الإطـــلاق، وأكثر ما يكون العمل بهذا العرف في الأيمان

(١) انظر الموافقات جـ ٢ صـ ٢٨٤

والعقــود والنكاح، فمن حلف لا يجلس على بساط وجلس على الأرض، أو: لا يــأكل لحماً وأكل سمكاً، أو: لا يدخل بيتاً ودخل مسجداً، فإنه لا يحنث مع أن القرآن قد جعل الأرض بساطاً، وسمى المساجد بيوتاً، وما استخرج من البحر لحماً طرياً. وتجدر الإشارة إلى أن تغير الزمن ليس هــو بذاتــه عــاملاً علــى تغير الأحكام، وإن ما يحدث في الزمان من تغــيرات فــي الأعراف والمصالح هو الذي يؤثر في تغير الأحكام، أما الزمن المجرد فإنه ليس عاملاً حقيقياً في تغير الأحكام، وإنما هو وعاء تتحقق فيه التغيرات، ولذلك فقاعدة (لاينكر تغير الأحكام لتغير الأزمان) هــي جاريــة على أساس ما يحدث داخل الزمان من تغيرات في حياة الناس لا مجرد تغير الزمن.

وأمــا تغير المكان فلا شك أن له أثراً في تغير الأحكام إذ أن بعض الأماكن قد يكــون فيها ما يستدعي أحكاماً معينة أو مراعاة ظروف معينة، بينما أماكن أخرى لــيس فــيها ما يستدعي تلك الأحكام، مما يوجب مراعاة ذلك الاختلاف، وهذا ما نجــده في الإمام الشافعي حيث كان اجتهاده الجديد مختلفاً عن اجتهاده القديم، وما ذلــك إلاّ مراعاة لاختلاف البيئة، فالإمام الشافعي غيَّر بعض اجتهاداته بعد أن جاء إلى مصر[١].

ومــن الأمــثلة علــى تأثير البيئة في تغير الأحكام اختلاف البلوغ في الأقطار الحــارة عن الأقطار الباردة، فالصبي في سن الرابعة عشرة في بلد ما يبلغ الحلم فيــتعلق به التكليف، ونظيره في بلد آخر لا يبلغ فلا يكون مكلفاً. فسقوط التكليف عــن أحدهمــا وقــيامه بالآخر ليس باختلاف الخطاب الموجه إليهما، بل الخطاب واحــد، ولكــن مــتعلقه وقوع التكليف على من عاش في بلد حار وظهرت عليه أمارات البلوغ، وعدم التكليف على من عاش في بلد آخر ولم تظهر عليه الأمارات نفسها[٢].

(١) خلاف مصادر التشريع فيما لا نص فيه صـ ١٤٨ والبلتاجي مناهج التشريع ٢/٨٦٥
(٢) الغرياني: الحكم الشرعي بين العقل والنقل صـ ٣٢٥

الخاتمة

وبعـــد أن اكتمل البحث حول الحكم الشرعي بين الثبات والتغير أود أن ألخص النتائج التي انتهت إليها الدراسة في النقاط الآتية:

١- تحقيقاً لشمول الشريعة فقد جاءت أحكامها متسمة بالثبات والمرونة لتواكـب حـياة البشـر التي تقوم على أمور ثابتة وأخرى متغيرة: فالثابــت في حياة الناس نظمه الشارع بأحكام ثابتة، والمتغير نظمه بأحكام مرنة تتلائم مع ما يحدث في حياة الناس من تغيرات.

٢- الثـبات والمرونة في أحكام الشريعة يمثلان إحدى خصائص التشريع في تيسيره على الناس ورعاية مصالحهم الثابتة والمتغيرة في جميع المجتمعات وعلى مر العصور.

٣- بما أن الأصل في الأحكام الشرعية هو الثبات، والتغير هو الاستثناء، لذلك كان لا بد من ضبط هذا الاستثناء وتحديد مجالاته حتى لا يكون مبرراً لمن يريد التفلت من أحكام الشريعة بدعوى تغير الأحكام.

٤- الحكـم الشـرعي هـو الوصف الذي يحدد أعمال المكلفين من حيث المشـروعية أو عدمهـا، و ينطـبق وصف الحكم الشرعي على كل الأحكـام التـي اسـتنبطها العلمـاء من نصوص الوحي مباشرة أو بالقياس عليها أو بالاستنباط من بقية الأدلة التبعية التي أرشدت إليها نصوص الوحي.

٥- الثبات الكلي يقصد به استمرار الحجية للحكم الشرعي بصورة دائمة، أي أن ذلك الحكم يظل ملزماً للناس كافة في كل الأحوال والأزمان لا

يعتريه تغير ولا يطرأ عليه مخالف، ولا يجوز الاجتهاد بعكسه. ويتحقق هذا الثبات في الأحكام التي ثبتت بنصوص قطعية و الأحكام التي تم الإجماع عليها.

٦- الثبات النسبي يقصد به أن الحكم الشرعي يكون حجة ملزمة على وجه الإجمال، ولكنه عند التفصيل يختلف من حالة إلى أخرى، ويكون هذا الثبات في الأحكام المستنبطة من الأدلة الظنية.

٧- المجتهد ملزم شرعاً بالعمل بما توصل إليه من أحكام شرعية ويعتبر ذلك حكم الله في حقه، وليس له أن يعدل عن اجتهاده إلى اجتهاد غيره.

٨- المقلد ملزم بالحكم الذي قلد فيه المجتهد ويعتبر هذا الحكم حجة على المقلد فيجب عليه العمل به ويحرم عليه مخالفته.

٩- إن الواقعة التي ظهر حكمها بالاجتهاد لا مانع من أن تكون محلاً لاجتهاد آخر طالما لم يحصل إجماع في تلك المسألة.

١٠- إن الكافة من الناس – غير المجتهدين – مخيرون بأخذ الحكم الشرعي عن أي عالم من العلماء الذي اقتنعوا بتقليده ولا يلزمهم اتباع مجتهد بعينه.

١١- يقصد بتغير الحكم توقف العمل به لكون مناط الحكم لم يعد متوفراً في تلك القضية التي كان يحكمها وهذا يعني أنه لو عاد مناط الحكم إلى تلك القضية لعاد الحكم كما كان.

١٢- إن الأحكام المبنية على مناط متغير تتغير بتغير ذلك المناط وإن بقاء الحكم بعد تغير مناطه يؤدي إلى المشقة والإضرار بالناس وهذا مخالف لقواعد الشريعة.

١٣- الأحكام الشرعية إذا أنيطت بعلة أو وصف أو سبب فإنها ترتبط به وجوداً وعدماً وتتغير بتغير ذلك ولا يضر تغير الأسماء إذا ما بقيت العلة كما لا يضر بقاء الأسماء أو الألفاظ الظاهرة إذا ما كانت العلة قد انتفت.

١٤- إن الأحكام التي تشرع بناءً على المصلحة تكون تابعة لهذه المصلحة. فإذا بقيت المصلحة بقي الحكم الذي يترتب عليها وإذا تغيرت المصلحة اقتضى هذا التغير حكماً جديداً مناسباً للمصلحة الجديدة.

١٥- إن الأحكام الفقهية التي أساسها العرف والعادة تتبدل وتتغير تبعاً لتغير العرف والعادة التي بنيت عليها تلك الأحكام. ولذلك يجب مراعاة العرف المتجدد وبناء الأحكام عليه.

١٦- على المفتي أن يتعرف على أعراف الناس وعاداتهم، ولا يقتصر على الإفتاء بما نص عليه من سبقه، حتى لايوقع الناس في الحرج والخطأ.

قائمة المراجع

١. الأسنوي: عبد الرحمن بن الحسين بن علي (ت٧٧٢هـ) نهاية السول طبعة عالم الكتب (بدون)

٢. الآمدي: علي بن محمد (ت ٦٣١هـ) الإحكام في اصول الأحكام طبعة الحلبي القاهرة ١٩٦٧م.

٣. إبن أمير با دشاه: أمين بن محمود البخاري (ت ٩٨٧ هـ) تيسير التحرير طبعة الحلبي.

٤. الباجي: سليمان بن خلف (ت ٤٧٤ هـ) المنتقى شرح الموطأ المغرب ط١ ١٣٣١هـ

٥. البخاري: محمد بن اسماعيل (ت ٢٥٦هـ) صحيح البخاري (مع فتح الباري) طبعة السلفية مصر وطبعة دار الدعوة استانبول ١٩٨١م.

٦. البلتاجي: محمد، مناهج التشريع، مطابع جامعة الإمام، السعودية ١٩٧٧م

٧. البوطي محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة ١٩٨٢م ط٤.

٨. البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي (ت٤٥٨هـ) السنن الكبرى طبعة حيدر أباد ط١ ١٣٤٤هـ

٩. التفتازاني: مسعود بن عمر بن عبد الله (٧٩٣هـ) التلويح على التوضيح طبعة دار الكتب العلمية بيروت ط١ ١٤١٦هـ.

١٠. جودت: أحمد باشا، مجلة الأحكام العدلية، مطبعة شعاركو، د.ط

١١. ابـــن الحاجب: عثمان بن عمر بن أبي بكر (ت٦٤٦هـــ) مختصر المنتهى مع شرحه للعضد طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

١٢. حسب الله: علي، أصول التشريع الإسلامي، طبعة دار الفكر العربي القاهرة ط٦ ١٤٠٢هـــ

١٣. حمـــيد الله: محمد، الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة طبعة دار النفائس بيروت ط٥ ١٩٨٥م.

١٤. ابـــن حنـــبل: الإمام أحمد (ت ٢٤١هـــ) المسند المطبعة الميمنية بالقاهرة ١٣١٣هـــ

١٥. خـــلاف: عـــبد الوهـــاب، مصادر التشريع فيما لا نص فيه طبعة دارالقلم الكويت ط٦ ١٩٩٣م.

١٦. أبو داود: سليمان بن الاشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـــ) السنن طبعة الدار المصرية اللبنانية القاهرة ١٩٨٨م.

١٧. الدسوقي: محمد، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الاسلامية طبعة دار الثقافة الدوحة – قطر ط١ ١٩٨٧م.

١٨. الزجيلي: وهبة، أصول الفقه الإسلامي طبعة دار الفكر ط١ ١٩٨٦م.

١٩. الزحيلـــي: وهـــبة، بحـــث فـــي الاجتهاد ضمن مجموعة بحوث المؤتمر الإسلامي الرياض ١٣٩٦هـــ.

٢٠. الزرقاء: مصطفى، المدخل الفقهي العام مطبعة دار الكتب بيروت ١٩٦٧م.

٢١. أبـــو زهرة: محمد، أصول الفقه الإسلامي، طبعة دار الفكر العربي القاهرة ١٩٩٧م.

٢٢. الزنجانـــي: محمـــود بن أحمد، (ت٦٥٦هـ) تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد أديب صالح مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢م.

٢٣. زيـــدان: عـــبد الكـــريم، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، طبعة مؤسسة الرسالة ١٩٩٤م.

٢٤. الزيلعـــي: عثمان بن علي، (ت٧٤٢هـ) نصب الراية لأحاديث الهداية دار المأمون ١٩٣٨م.

٢٥. ابـــن السبكي عبد الوهاب بن علي (ت ٧٧١هـ) جمع الجوامع مع حاشية المحلي طبعة الجلي القاهرة.

٢٦. الشـــاطبي: إبراهـــيم بـــن موسى (ت ٧٩٠هـ) الموافقات طبعة دار الفكر القاهرة ط٦ ١٤٠٢هـ

٢٧. شـــلبي: محمـــد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي طبعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٩م.

٢٨. شلبي: محمد مصطفى، تعليل الأحكام طبعة دار النهضة العربية ١٤٠١هـ ١٩٨١م.

٢٩. الشوكاني: محمد بن علي (ت ١٢٥٠هـ) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق فـــي علم الأصول بتحقيق شعبان محمد اسماعيل طبعة دار السلام القاهرة ١٩٩٨م

٣٠. الشـــوكاني محمد بن علي (ت١٢٥٠هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار طبعة دار الجيل بيروت

٣١. صـــالح: محمـــد اديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي طبعة المكتب الإسلامي بيروت ط٣ ١٩٨٤م

٣٢. الصـــنعاني عبد الرزاق بن همام (٢١١هـ)المصنف، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي ط١ ١٩٧٢م.

٣٣. الصـــنعاني: محمـــد بـــن اسماعيل (ت١١٨٢هـ) سبل السلام شرح بلوغ المرام طبعة دار الجيل بيروت ١٩٨٠م.

٣٤. ابـــن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (١٢٥٢هـ) رسائل بن عابدين طبعة دار إحياء التراث العربي لبنان.

٣٥. العالم يوسف حامد المقاصد العامة للشريعة الإسلامية طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ١٩٩١م

٣٦. ابن عبد السلام: عبد العزيز (ت٦٦٠هـ) قواعد الأحكام في مصالح الأنام طبعة دار الشروق القاهرة ١٩٦٨م

٣٧. ابـــن عـــبد الشكور: محب الله البهاري (ت ١١١٩هـ) مسلم الثبوت شرح فواتح الرحموت طبعة بولاق القاهرة مع المستصفى.

٣٨. العضـــد: عـــبد الرحمن بن أحمد الإيجي (ت ١١١٩هـ) مسلم الثبوت شرح فواتح الرحموت طبعة بولاق القاهرة مع المستصفى.

٣٩. الغريانـــي: الصـــادق عـــبد الرحمن، الحكم الشرعي بين العقل والنقل دار المغرب الإسلامي بيروت ١٩٨٩م.

٤٠. الغزالـــي: محمد بن محمد (ت٥٠٥هـ) المستصفى في علم الأصول طبعة المطبعة الأميرية القاهرة ١٣٢٢هـ.

٤١. ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠هـ) المغني على مختصر الخرقي طبعة دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨٢م د ط.

٤٢. القرافـــي: أحمـــد بـــن ادريس الصنهاجي، الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ط١ ١٩٣٨ م.

٤٣. القرافـــي: أحمـــد بن أدرس الصنهاجي (ت٦٨٤هـ) الفروق، طبعة عالم الكتب بيروت.

٤٤. القرضاوي: يوسف، فقه الزكاة، طبعة مكتبة وهبة ١٩٩٤م.

٤٥. ابـــن القيم: محمد بن أبي بكر (٧٥١هـ) إعلام الموقعين، طبعة دارالجيل بيروت.

٤٦. ابـــن القـــيم محمـــد بـــن أبي بكر (ت ٧٥١هـ) إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان طبعة دار التراث العربي القاهرة ط١ ١٩٨٣م.

٤٧. ابن القيم: محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ) الطرق الحكمية طبعة دار الفكر اللبناني ١٩٩١م.

٤٨. ابـــن ماجـــه: محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ) سنن ابن ماجه طبعة المكتبة العلمية بيروت.

٤٩. مـــالك: الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ) الموطأ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي المكتبة الثقافية بيروت ١٩٨٨م.

٥٠. مدكـــور: محمـــد ســـلام، الاجتهاد في التشريع الإسلامي طبعة دار النهظة العربية القاهرة ط١ ١٤٠٤هـ.

٥١. مدكور: محمد سلام، مناهج الاجتهاد ، مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٧م

٥٢. مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ) صحيح مسلم.

٥٣. الـــنجار: سيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي الناشر دار الكتاب الجامعي القاهرة.

٥٤. نـــدوة: نـــدوة الاجتهاد الفقهي بكلية الآداب جامعة محمد الخامس الرباط المغرب طبعة دار النجار في الدار البيضاء ١٩٩٦م.

الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي

د. محمد حمّاد مرهج الهيتي*

ملخص البحث:

بدأنا البحث بمقدمة حول أهمية اختراع الحاسب الآلي للإنسان، ثم تعرفنا على الحاسب الآلي ومكوناته ومعنى البرنامج وأنواعه، وقسمنا البحث إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول عن مدى ثبوت صفة المال لبرامج الحاسب الآلي، وقسمناه إلى مباحث ثلاثة، تناولنا في الأول منها عن موقف التشريعات من ثبوت صفة المال لبرامج الحاسب الآلي، وقد بينا فيه تباين التشريعات في تعريفها للسرقة وتطبيق هذه التعاريف على مفهوم المال والشيء وكذلك بيّنا بأن الحاسب الآلي له كيانه مادي ومعنوي. وقد تعرضنا في المبحث الثاني عن الاتجاه الذي ينكر على برامج الحاسب الآلي صفة المال وقد فندنا ذلك الرأي. أما المبحث الثالث فقد تكلمنا فيه عن إثبات صفة المال لبرامج الحاسب الآلي، وقدمنا الأدلة التي تثبت بأن برامج الحاسب الآلي لايمكن إلا أن نقر لها الصفة المالية. وقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في الأول عن طبيعة مكونات برامج الحاسب الآلي وفي الثاني عن النتائج التي تترتب على الطبيعة الذهنية لبرامج الحاسب الآلي.

أما الفصل الثاني تحت عنوان مدى خضوع برامج الحاسب الآلي لمضمون فعل الاختلاس، وفي المبحث الأول من هذا الفصل تناول عن معنى أو مدلول الاختلاس مبيناً الاتجاهات في معنى الاختلاس وألقينا الضوء على مدلول الاختلاس

وفقــاً للــنظرية التقليدية. أما في المطلب الثاني تكلمنا عن مدلول الاختلاس وفقاً للــنظرية الحديــثة، و المبحث الثاني تحت عنوان برامج الحاسب الآلي في ضوء مضــمون الاخــتلاس. ثم تكلمنا في المطلب الأول عن مدى خضوع الأموال غير الماديــة لفعــل الاخــتلاس ســواء موقف التشريعات من سرقة الطاقة الكهربائية وموقــف الفقه والقضاء في ذات الموضوع. وفي تناولنا للمطلب الثاني عن مدى إمكانــية إعمــال أحكــام سرقة الطاقة الكهربائية على برامج الحاسب الآلي. أما المبحــث الثالث فكان تحت عنوان المشاكل التي يثيرها الاختلاس في نطاق برامج الحاسب الآلي.

---

* أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية القانون والمحاسبة/ ودان - ليبيا

المقدمة:

إذا كـــان اختراع الحاسب الآلي قد فتح الآفاق أمام الفكر الإنساني، وأدى إلى إحـــداث الـــثورة التي يعيشها العالم اليوم، وإذا كانت ثورة المعلومات التي أحدثها تعود لقدرته الفائقة على تخزين المعلومات، وإجراء العمليات المختلفة، واسترجاع تلـــك المعلومات بدقة متناهية، فإن الفضل باستخدامه بهذا الحجم، وهذه السعة لا يعـــود إلـــى اختراعه فحسب -وإن كان لا ينكر فضل اختراعه- إنما يعود الفضل أيضـــاً إلـــى عبقرية البرنامج الذي لا يعمل الحاسب إلا به إذ يعود الحاسب بدونه كالسيارة من غير محرك.

لذلـــك فإن أحداً لن يدعي إمكانية معرفته بالرقم الحقيقي للبرامج المتداولة، إذ غـــدا هـــذا الأمـــر فـــي غاية الصعوبة نظراً لتعدد البرامج المتداولة بتعدد أوجه تطبـــيقاتها فـــي مختلف جوانب الحياة، ونظراً لتزايد عدد الحاسبات الإلكترونية المـــتداولة والمختلفة في أغراضها وأحجامها حتى غدا الأفراد لا يمكنهم الاستغناء عنها.

ولا يخفـــى علـــى أحد الدور الذي يلعبه الحاسب الآلي في الحياة سواء على كوكبـــنا، أو بصـــلاته بـــالكون أجمعه، حيث المحطات الفضائية بدأت تؤسس في الفضـــاء، فـــتعمل ويســـيطر عليها من خلاله، ولا تكاد تجد مكتباً حتى في البلدان النامية إلا وجهاز الحاسب يتربع عليه قبل صاحبه.

وإنه -أي الحاسب الآلي- من جانب آخر جعل العالم قرية صغيرة كما يقال لا يعـــترف فـــيها بحـــدود طبيعـــية أو سياسية. مما أدى إلى نشوء علاقات قانونية تجـــاوزت الـــبعد الوطنـــي إلى البعد الدولي، مما يشكل خطورة على جميع الدول، ولـــيس علـــى دولة بعينها، ولذلك اكتسبت جرائم الحاسب الآلي بعداً آخر، إذ هي ذات أهمـــية كبـــيرة علـــى المســـتويين المحلي والدولي، إلى جانب أنها نمط من العلاقات القانونية التي أنشأها التعامل بالحاسب الآلي.

فأمـــام تعاظم دور الحاسب الآلي وانتشاره المذهل بسبب استخداماته المتعددة وقدرتـــه اللامحـــدودة على إنجاز الأعمال. تعاظمت مخاطره وتعاظمت الحاجة إلى حمايته ليس بكيانه المادي إنما بكيانه المعنوي، إذ هو من غير الأخير مجرد كتلة مـــن الأدوات ثمنها لا يوازي غير ثمن مكوناتها التي أضحت لا تقارن بالدور الذي يؤديه، فشتان بين دوره وبين مكوناته المادية.

لذلـــك كـــان اختيارنا للموضوع على أننا ننبه ابتداءً إلى أن تناولنا للموضوع ســـيكون في نطاق نصوص جريمة السرقة، وبالقدر التي تثيره تلك النصوص من مشـــاكل في نطاق تلك البرامج، هذا من جانب، ومن جانب آخر إن سبب اختيارنا لجـــريمة السرقة من دون جرائم الأموال الأخرى، التي من المتصور أن تقع على تلـــك الـــبرامج، هو أن الحلول التي يمكن تقديمها في نطاق جريمة السرقة باتجاه بـــرامج الحاســـب الآلـــي يمكـــن الاستفادة منها في نطاق جرائم الأموال الأخرى، بالإضافة إلى أن جريمة السرقة هي أكثر الجرائم التي تثير الخلاف.

وعمومـــاً فـــإن الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على بـــرامج الحاســـب الآلـــي تتمثل في أمرين : الأول : هو مدى انطباق وصف المال المـــنقول علـــى برامج الحاسب الآلي، والثاني : هو مدى خضوعها لمضمون فعل الاخـــتلاس، لذلك سوف نخصص لكل أمر فصلاً مستقلاً. ويبدو لنا من الضروري وقبل الدخول في الموضوع بيان بعض المصطلحات التي تتعلق ببحثنا من أجل أن يكون أكثر فائدة وشمولاً.

تعريف الحاسب الآلي:

يعـــرف الـــبعض الحاسب الآلي بأنه : الجهاز الآلي الذي يستقبل البيانات عن طـــريق البرامج ويختزنها في ذاكرته إلى حين الحاجة إليها، ويقوم بمعالجتها على

الـــنحو المطلـــوب بغية الوصول إلى نتائج محددة(١). ويلاحظ أن هذا التعريف قد أغفـــل جانباً مهماً، هو أن الحاسب الآلي لا يمكن أن يعمل إلا بموجب برنامج معد بلغـــة معيـــنة يفهمهـــا الحاســـب، ومن ثم يقوم على ضوء ذلك باستقبال البيانات ومعالجـــتها، لذلـــك قـــيل أن هـــناك نوعان من البرامج برامج التشغيل، وبرامج التطبـــيق، التـــي تشـــكل الجانب المعنوي للحاسب الآلي، والتي هي جوهر مشكلة بحثنا وسيأتي الحديث عن هذه البرامج وأنواعها لاحقاً.

ومـــع ذلـــك يمكن أن نعرف الحاسب الآلي بأنه جهاز يتكون من عنصرين : مادي ومعنوي، يشمل الأول كل المكونات المادية (الأجهزة) في حين يشمل الثاني البرامج. ويتم تشغيله على ضوء برنامج يتم تحميله وتخزينه في ذاكرته، ومن ثم يقـــوم باستقبال البيانات ومعالجتها بإجراء العمليات المختلفة على النحو المطلوب منه بغية الوصول إلى نتائج محددة.

مكونات الحاسب الآلي أو الإلكتروني

يـــتكون الحاســـب الآلـــي أو الإلكتروني من عنصرين : الأول ويسمى بالكيان المـــادي والثاني ويسمى بالكيان غير المادي أو المعنوي(٢)، ويتكون الكيان المادي مـــن كل المكونات المادية من أجهزة وآلات ومعدات وكابلات..الخ. أما الكيان غير المـــادي فيـــتكون من البرامج والمعلومات المكونة له وما إليها من مكونات تأخذ نفس الطبيعة وتدخل ضمن مدلول البرامج.

علـــى أنه إذا كان ما يميز الجانب المعنوي -بصورة عامة- هو انعدام الكيان المـــادي الملموس إلا أنه، ومع ذلك، يمكن تجسيد هذا الجانب بصورة من صور

(١) د. جمـــيل عبد الباقي الصغير القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة – الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي – دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢ – ص ٨.

(٢) د. عمـــر محمـــد زرتي – أساسيات الحاسوب والبرمجة ط/ الثانية منشورات (ELGA) ١٩٩٩ ص ١٢١٣.

الكيان المادي ليظهر بعد ذلك على شكل صورة أو معلومة مقروءة أو أي نشاط آخر له آثار مادية ملموسة بوسيلة أو بأخرى[1].

معنى البرنامج

البرنامج بصورة عامة عبارة عن مجموعة من الأوامر والتعليمات تكتب بلغة معينة من اللغات المعلومة في علم الحاسب، أي بلغة يفهمها أو بالأحرى يمكن للحاسب العمل على ضوئها، تصدر من الإنسان إلى الآلة (أي الحاسب الإلكتروني)، ولذلك قيل أن البرنامج في جوهره معلومات [2]مرتبة بوضع أو بأسلوب معين تؤدي أما إلى تشغيل الجهاز بسهولة ويسر، ويسمى هذا الجزء ببرنامج التشغيل، وواضح أن دوره يقتصر على تشغيل الحاسب، أو تؤدي هذه المعلومات إلى تسهيل إدارة الأعمال أو حل المسائل العلمية، وهذه البرامج بنوعيها هي جوهر الكيان المعنوي للحاسب الآلي، إذ هو بمثابة الروح إلى جسد الإنسان ذلك لأن الحاسب الآلي من دون تلك البرامج لا قيمة له أكثر من قيمة المواد التي يصنع منها، فهو كأي آلة أخرى، ولكن يختلف عنها بأنه لا يعمل ولا يكون ذو فائدة من دون هذه البرامج حيث يتم تشغيله كما سبق القول عن طريق برنامج يسمى برنامج التشغيل[3]، فهو من دونه لا يعمل ولا يمكن أن يؤدي المهام الموكلة له، لذلك فإن قيمة الحاسب وهو يختزن تلك المعلومات ليست كقيمة المواد التي يتكون منها، بل أن قيمته تكون من قيمة البرنامج الذي يختزنه وربما لا يمكن أن تعادل بثمن.

(١) د. خالد حمدي عبد الرحمن – في الحماية القانونية للكيانات المنطقية (برامج المعلومات) رسالة دكتوراه – القاهرة عين شمس ١٩٩٢ ص٣٩ وما بعدها.
وأنظر في بيان التطبيقات العملية والحربية للبرامج
GBREMOND‹ LAREVOLUTION Informatique Dictionaries. the matique edition HATIER 1982 p. 6.
و أنظر في فوائد واستخدامات الحاسب الإلكتروني د. الوليد الشافعي – استخدامات الحاسب الإلكتروني مجلة الكومبيوتر العدد الرابع ٢٧ أكتوبر ١٩٨٥ ص١٦ وأيضا ص٢٥-٢٦

(٢) د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق – ص٤٨

(٣) د. عمر محمد زرتي – المرجع السابق ص ٥٩.

المدلول الواسع والضيق للبرنامج

إن للبرنامج مدلولين: مدلول ضيق، وآخر واسع، ويقتصر المدلول الأول على مجموعة التعليمات والأوامر الصادرة إلى الكيان المادي للحاسب. أما البرنامج طبقاً لمدلوله الواسع فهو يضم إلى جانب مفهومه الضيق، أي الأوامر والتعليمات التي يشتغل بها، الأوامر والتعليمات الموجهة للعميل مثل بيانات استعمال البرنامج، وكيفية المعالجة الإلكترونية للمعلومات[1]، أي أن المفهوم الواسع للبرنامج يجعل من جميع البيانات والمعلومات الملحقة بالبرنامج، والتي تساعد على سهولة فهم وتطبيق البرنامج بمدلوله الضيق جزءً من البرنامج، وهذه البيانات ما هي إلا تعليمات موجهة ممن يتولى إعداد البرنامج إلى من يتعامل مع الحاسب بكيانه المادي، أي بعبارة موجزة ما هذه المعلومات في حقيقتها إلا عبارة عن تعليمات موجهة من المبرمج إلى العميل، تسهل للأخير عملية تطبيق البرنامج وتفعيله.

أنواع البرامج

هناك تقسيمات عدة للبرامج : فهي تقسم من حيث وظيفتها إلى برامج تشغيل، وبرامج تطبيق[2]، والنوع الأول: هي التي تمكن الحاسب الآلي من التهيؤ لأداء الوظائف المطلوبة منه والمحددة بنمط البرنامج الذي تم تغذيته به، بحيث يكون مهيئاً لاستقبال الأوامر والتعليمات ومن ثم إنجاز المهام التي يراد منه إنجازها. ويطلق على هذا النمط من البرامج برامج الاستغلال والتنفيذ.

---

(١) د. محمد حسام محمود مصطفى – المرجع السابق ص١٥ وما بعدها، د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق– ص ٤–٥.

(٢) د. عمر محمد زرتي – المرجع السابق– ص٨١

أمـــا الـــنوع الثاني: من هذه البرامج ونقصد بذلك برامج التطبيق، أو حسبما تســـمى عـــند البعض، ببرامج معالجة المعلومات فهي التي تكون خاصة بمعالجة المعطيات وتسمى برامج صفحات القيد(١).

وهـــناك تقســـيم آخر لبرامج الحاسب الآلي حيث تقسم إلى ثلاثة أنواع : هي برامج المصدر، وبرامج الترجمة، وبرامج الهدف(٢)، ويبدو لنا أن هذه التقسيمات لا تختلف من حيث مضمونها، إنما تختلف فقط من حيث الألفاظ، والذي يعود أيضاً إلـــى الاختلاف في الترجمة أي أن الاختلاف في المسميات ناشئ عن الاختلاف في الترجمة.

وأيـــاً مـــا كانـــت هـــذه البرامج، وأياً ما كانت تصنيفاتها، فإنها لا تختلف في الطبـــيعة، لذلك من المحتمل أن تكون جميعها محلاً للاعتداء، ومن ثم فإنها تصلح لأن تكـــون محلاً للحماية الجنائية، طالما أنه يمكن الاعتداء عليها، وبناءً على ذلك ننضـــم إلـــى الـــرأي الذي يذهب إلى أن الحماية الجنائية تضم البرامج في حالتها المجـــردة، بالإضـــافة إلى البرامج في صورتها الفعالة(٣)، وإذا كان محل الاعتداء بـــرنامجاً ســـواء فـــي حالته المجردة أم الفعالة، فإن الجريمة ستكون من جرائم الحاسب الآلي.

(١) د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص٥.
(٢) د. محمد حسام محمود مصطفى – المرجع السابق – ص١١-١٢.
(٣) د. عمـــر الفـــاروق الحسيني تأملات في بعض صور الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي – مجلة المحامـــي– الكويـــت– أكتوبر، نوفمبر،ديسمبر ١٩٨٩ ص٢٠ أشار له د.علي عبد القادر القهوجـــي ص٦.

الفصل الأول

مدى ثبوت صفة المال لبرامج الحاسب الآلي

إن برامج الحاسب الآلي، من أجل أن تكون محلاً لجريمة السرقة، فلا بد أن ينطبق عليها وصف المال المنقول، أي أن تكون من ضمن الأموال التي يشملها نص التجريم، ذلك لأن جريمة السرقة لا تقع إلا على مال منقول مملوك للغير، لذلك كانت الحاجة إلى بيان حقيقة الأمر بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي، ومدى ثبوت صفة المال لها في ضوء معناه في جريمة السرقة، وذلك على الصعيدين التشريعي والفقهي، وخصصنا لكل أمر مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

موقف التشريعات من ثبوت صفة المال لبرامج الحاسب الآلي

تباينت التشريعات في نطاق تعريفها للسرقة للإشارة إلى المحل الذي ترد عليه الجريمة، ويتحقق بشأنها فعل الاختلاس المكون للنشاط المادي في جريمة السرقة، فمنهم من استخدم مصطلح (منقول)[1] فقط دون أن يرد مصطلح المال إلى جانبه، ومنهم من أورد مصطلح (مال منقول)[2]، ومنهم من أورد مصطلح (الشيء)[3].

(١) لاحظ المادتين ٤٤٤ عقوبات ليبي و٣١١ عقوبات مصري.
(٢) المادة ٤٣٩ عقوبات عراقي.
(٣) المادة ٣٧٩ عقوبات فرنسي.

المال والشيء

الشيء في نظر القانون كل ما يصلح لأن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية، أما المال فهو الحق الذي يرد على الشيء، فالشيء هو محل الحق ذو القيمة المالية[1]، وعليه فالشيء غير المال، لذا تم تعريف المال بأنه كل شيء يصلح لآن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية، واستناداً إلى معيار طبيعة الشيء الذي يرد عليه الحق، قسمت الأموال فحيث تنقسم الأشياء إلى مادية وغير مادية (معنوية)، تنقسم الأموال إلى أموال مادية وأموال معنوية.

وبناءً على ما تقدم يبدو لنا أن الاتجاه التشريعي الذي استخدم تعبير (المال) أكثر توفيقاً من الاتجاه الذي استخدم تعبير (الشيء)، على الرغم مما قد يوحي به لفظ الشيء من أنه يستوعب كل العناصر بصرف النظر عن خصائصها الطبيعية أو المادية، إلا أن الأستاذان (ميرل وفيتي) يؤكدان على أن كلمة الشيء الواردة في المادة ٣٧٩[2] من قانون العقوبات الفرنسي ينصرف مضمونها إلى الأشياء المادية الملموسة[3]، وقد جنبنا الاتجاه الاول الجدل الذي يمكن أن ينشأ بشأن صلاحية أو عدم صلاحية بعض الأشياء لأن تكون محلاً للسرقة، إذ بموجب هذا الاتجاه مجرد أن يثبت للشيء صفة المال يصلح لأن يكون محلاً للسرقة، ولذلك يبدو لنا أن المال أكثر تحديداً ووضوحاً.

ومع ذلك فإن القراءة الأولية للنصوص التشريعية تشير إلى أنه لكي تتحقق السرقة لا بد أن يرد الفعل على مال أو شيء مادي، أي أن يتحقق في المال أو الشيء المختلس الصفة المادية. لأن المنقول هو كل شيء له كيان مادي ملموس

(١) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن – حق الملكية– دار إحياء التراث العربي –بيروت ١٩٥٢ ص ٦، ٩

(٢) ألغى قانون العقوبات الجديد الذي يعمل به منذ ١/٣/ ١٩٩٤ هذه المادة وحلت محلها المادة ٣١١ والتي وإن اختلفت في الصياغة إلا أنها ذات المضمون – د. عمر الفاروق الحسيني ص ١٥٥ هامش رقم ٢.

(٣) نفس المصدر ص١٥٥.

يمكـــن نقله وتحويله بدون تلف أو بتلف بسيط ويصلح في نظر القانون لأن يكون محلاً لتملك.

وحيـــث أن الحاسب الآلي يتكون من كيانين : مادي ومعنوي، وحيث أنه من المتصـــور أن يتم الاعتداء على الجانبين المادي والمعنوي، كأن يقع اعتداء على الحاســب الآلي ذاته أو على ما يتصل به من ملحقات كأجهزة وأدوات ربط وآلات طــباعة وشــرائط أو ألواح تُسجل عليها البرامج، فإن تطبيق ما سلف من القول يــؤدي إلـــى أن جرائم السرقة التي تقع على هذه الأجزاء لا تثير أية مشكلة، ذلك لأن الأمــر يـــتعلق بمال مادي وفقاً للمفهوم الدارج، فالنصوص الجزائية الخاصة بجريمة السرقة تحكم هذا الوضع، وليس هناك من مشكلة في تطبيقها.

وقـــد يتبادر إلى الذهن أن الكيان المادي بمكوناته السابقة الذكر إذا ما حصل علـــيه اعـــتداء قـــد يعطـــي للجـــريمة التي تقع عليه طابعاً خاصاً، لكونها أدوات إلكترونية تتعلق بالحاسب الآلي، أو ربما يكون الجهاز الآلي في حد ذاته موضوعاً للســـرقة فهـــل لهـــذا شأن في إسباغ صفة خاصة على الجريمة التي يكون محلها شيء يتعلق بالكيان المادي للحاسب الآلي.؟

للإجابـــة علـــى ذلك يمكن القول بأن وضعها هذا، أي كونها أدوات إلكترونية تدخـــل فـــي تكوين الكيان المادي للحاسب الآلي لا يكسبها وضعاً خاصاً، ومن ثم حكماً مستقلاً تتميز به عن الأحكام التي تخضع لها بقية الأموال، إذ هي مال مادي شـــأنها شـــأن أي مـــال مادي آخر، لذا فإنها تخرج من نطاق بحثنا، لأنها لا تثير مشكلة من المشاكل التي يحرص بحثنا على معالجتها.

بقـــي أن نبين حكم الاعتداء الذي يقع على الكيان المعنوي للحاسب الآلي إذا مـــا تعـــرض هذا الجانب للاعتداء، سواء بالاستيلاء على المعلومات التي يختزنها الحاســـب الآلـــي، أو علـــى الـــبرامج التي يعمل بها كنسخها بدون موافقة مالكها

الشـــرعي. فهـــل بالإمكـــان تطبيق النصوص الخاصة بجريمة السرقة، وهل تكفي لحماية برامج الحاسب الآلي من الاعتداء...؟

إن الحلـــول التـــي يمكـــن تقديمها في إطار معالجة الاعتداءات التي ترد على الكـــيان المعنوي لا يمكن أن تكون إلا من خلال بيان حكم سرقة الأموال المعنوية كالآراء والأفكار، فهل تصلح الأخيرة لأن تكون محلاً لجريمة السرقة؟

إن النصـــوص التشريعية كما بينا تتطلب أن يكون محل السرقة مالاً أو شيئاً، وبيـــنا أن هـــذا الأمـــر قد انصرف أو جرى تفسيره على أساس أن السرقة حتى تـــتحقق أو تتطلب أن يكون المال أو الشيء مالاً أو شيئاً مادياً، وما يبنى على هذا القـــول من نتائج هو أن الأموال المعنوية، التي تتمثل بالآراء والأفكار والابتكارات لا تصـــلح لأن تكون محلاً للسرقة، لأنها ليست مالاً مادياً، وهي بذلك لا تصلح لأن تكون محلاً للسرقة إلا إذا ثبتت لها تلك الصفة.

أمـــا إذا مـــا تم تثبيت هذه الأفكار والآراء على محررات فإن هذا الأمر يجعل الأخـــيرة صـــالحة لأن تكون محلاً للسرقة، وهذا الأمر لا يعني أن الأفكار والآراء أصـــبحت صالحة لأن تكون محلاً للسرقة بهذا العمل، إنما السرقة في حقيقتها قد وردت علـــى المحررات المثبتة لهذه الأفكار، وهذا أمر أستقر عليه الفقه والقضاء في مصر(١)وهو حال الفقه في ليبيا(٢).

وإعمال ما تقدم من قول في نطاق برامج الحاسب الآلي يؤدي إلى أن الأخيرة تخـــرج مـــن عداد الأشياء التي تصلح لأن تكون محلاً لجريمة السرقة، ذلك لأنها نـــتاجاً ذهنياً كالأفكار والآراء، وحيث أن الأخيرة ليست مالاً مادياً، فلا تصلح لهذا

---

(١) د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص ٥٢.
(٢) د. محمـــد رمضـــان بـــارة قانون العقوبات الليبي – شرح قانون العقوبات الجزء الثاني – منشورات جامعة ناصر ١٩٩٢ – ص٤٤.

السـبب لأن تكـون محلاً للسرقة فلذلك أيضاً، لا تصلح لأن تكون برامج الحاسب الآلي محلاً للسرقة لانتفاء ذات الصفة عنها، أي صفة المال المادي.

علـى أنـه إذا كانـت برامج الحاسب الآلي لا تصلح لأن تكون محلاً للسرقة كالأفكـار والآراء، فإنها أيضاً كالأخيرة يمكن تثبيتها على دعامة، وعند ذاك تصلح الدعّامـات التـي تـم تثبيـت برامج الحاسب الآلي عليها للسرقة، كما هو الشأن بالنسـبة للمحـررات التـي تم تثبيت الآراء عليها، وعند ذاك أيضاً تكون السرقة للدعامة وما تم تثبيته عليها من برامج ومعلومات، ولا يمكن القول بأن السرقة قد تمـت للبرامج والمعلومات التي تضمها الدعامة، حتى ولو أن الباعث على سرقة الدعامة هو المعلومات التي تتضمنها، لأن المشرع كقاعدة عامة لا يعتد بالبواعث على ارتكاب الجريمة.

ولـو جئنا إلى حقيقة الأمر فإن سرقة الدعامة ما كانت لتتم لولا أنها تحتوي علـى تلـك المعلومـات، إذ أن الدعامة من التفاهة بمكان، بحيث يمكن القول بأن الاعـتداء الذي يقع عليها يخرج من نطاق التجريم، والمعلوم أن المشرع أما أن يجعل من تفاهة المال الذي تقع عليه السرقة عذراً مخففاً أو مانعاً للعقاب(1)، وهذا يعنـي عدم معاقبة السارق الذي يسرق دعامة تم تثبيت كل أسرار شركة اقتصادية علـيها أو معاقبـته بعقوبـة بسيطة، لذلك يمكن القول بأن المشرع يجب أن يعتد بالباعث في مثل هذه الحالات إذا كان الأصل ألا يعتد بذلك، وبذلك نميل إلى وجوب أن تـتخذ الجريمة التي تقع على ما له علاقة ببرامج الحاسب الآلي وضعاً خاصاً، ولـيس بغريب على المشرع أن يعتد بالمال الذي ترد عليه السرقة سواء ما تعلق بطبيعته أو بصفته.

ولكـن هذا لا يعني أن الدعامة قبل تثبيت هذه المعلومات لا تصلح لأن تكون محـلاً للسرقة، بحيث أنها لا يمكن أن تكون محلاً للسرقة بدون تلك البرامج، أي

---

(1) لاحظ المادة ٤٤٨ عقوبات ليبي.

بمعنى آخر أنها لا تصبح صالحة للسرقة إلا عندما تم تثبيت البرامج والمعلومات عليها، وأنها أصبحت صالحة بفعل التثبيت، بل العكس أن الدعامة صالحة لأن تكون محلاً للسرقة قبل أن يتم تثبيت البرامج عليها لأنها شيء أو مال مادي ابتداءً، وهي لم تخرج عن طبيعتها بهذا التثبيت، كما أنها لم تؤثر في طبيعة الأشياء التي تم تثبيتها عليها، واقصد البرامج والمعلومات، إذ ظلت الأخيرة محتفظة بطبيعتها المعنوية على الرغم من تثبيتها على شيء مادي.

غير أنه إذا كانت النصوص الجنائية لا تسمح بإضفاء صفة المال على برامج الحاسب الآلي فما هو الحل....؟

إن القانون الجنائي لا يتطور دائماً بنفس السرعة التي تتطور بها التكنولوجيا ولا بنفس المهارة التي يتفتق عنها الذهن البشري لتسخير هذه المبتكرات للاستخدام السيئ، لذلك وكاستنتاج أولي ومنطقي نعتقد بقبوله هو أن القانون الجنائي لا يكفي من حيث المبدأ في مواجهة هذا النمط من الجرائم، خاصة وأن النصوص قد وضعت لتطبق وفق معايير معينة كانت سائدة أيام وضعها كمعيار أن يكون المال المنقول مالاً مادياً، الآمر الذي لا نجده في نطاق برامج الحاسب الآلي، لا في نطاق المعلومات المخزّنة في ذاكرة الحاسب الآلي أو حتى في برامجه التي يعمل بها والتي تعد جزءاً منه، إذ أنه بدونها لا يعمل، لأنها من طبيعة غير مادية.

ولكن يبقى السؤال ما هو الحل أمام تعاظم جرائم الحاسب الآلي وخطورتها التي سبق الكلام عنها ؟

إن المشرع الجنائي هو الذي يجب عليه أن يتدخل كلما دعت الحاجة إلى ذلك لينال بالتجريم والعقاب ما يستجد من أفعال لم تكن من قبل تحت سلطانه، وذلك تطبيقاً للمبدأ الدستوري، والقانوني[1]، بل والعالمي[2] شرعية الجرائم والعقوبات،

(١) أنظر على سبيل المثال المواد (١ عقوبات ليبي، ٥ عقوبات مصري، ١ عقوبات عراقي).
(٢) نص على المبدأ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ وقد وافقت عليه الأمم المتحدة في ١٠ /١٩٤٨/١٢ أنظر في مدى إلزامية المبدأ – محمد حماد مرهج الهيتي ضمانات المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد ١٩٨٨ ص ٣٧.

والذي يتجسد في التشريعات بالمقولة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لا أن يترك الأمــر للقضـــاء، لأن يسد هذا النقص التشريعي، لما ينطوي عليه ذلك من انتهاك لمبدأ الشرعية الذي مضمونه أن يتولى المشرع دون غيره تحديد الأفعال التي تعد جــرائم وبــيان أركانهــا وعناصرها، وكذلك العقوبات المقررة له سواء من حيث نوعها ومقدارها[١].

المبحث الثاني

الاتجاه الذي ينكر على برامج الحاسب الآلي صفة المال

ينطلق هذا الاتجاه في عرض رأيه على أساس من تحديد الأشياء التي تصلح لأن تكــون محـــلاً للحقوق المالية، ويستند في تحديد ذلك إلى نص المادة ٨١ من القــانون المدنـــي المصري التي تنص على أنه ((كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعــته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية)) ويخرج الشيء عــن الــتعامل بحكم (طبيعته) إذا كان من الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحــيازتها، أمـــا إذا استطاع أحد أن يستأثر بذلك فإن هذا الشيء يعد مالاً، كما أن الشـــيء يخــرج عن التعامل بحكم القانون متى حظر القانون أن يكون هذا الشيء محلاً للحقوق العينية[٢].

ولكـــن مع كل ذلك يجب لكي يعتبر الشيء مالاً أن يكون له قيمة، ولا يشترط في هذه القيمة أن تكون مادية، بل يصح أن تكون قيمة معنوية كصورة تذكارية أو خطاب عائلي[٣] ذلك لأن المال هو كل ما يمكن تقويمه بالمال.

---

(١) د. محمود نجيب حسني – قانون العقوبات القسم العام مطبعة نادي القضاة ١٩٨٧ ص ٧١.
(٢) د. عمر الفاروق الحسيني – المرجع السابق ص ٩١- ٩٢.
(٣) د. فوزية عبد الستار، قانون العقوبات – القسم الخاص – القاهرة – ١٩٨٣ ص ٧٠٢.

وتطبيق الأحكام المتقدمة على برامج الحاسب الآلي، أو حسبما يسميها صاحب هذا الاتجاه بمكونات النظام الآلي لمعالجة المعلومات، يؤدي إلى أن هذه الأحكام تنسجم مع طبيعة الكيان المادي لمكونات ذلك النظام بلا جدال. أما الكيان المعنوي فهو محل خلاف وجدال، ولكن مع ذلك فإن هذا الاتجاه يقر أيضاً بأن الأحكام ذاتها لا تتعارض مع وصف الكيان المعنوي من مكونات النظام بأنه مال، ذلك لأن هذه المكونات لا تخرج عن التعامل لا بطبيعتها ولا بحكم القانون، وحيث أنها كذلك فإنها تصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية كما هو الأمر بالنسبة لبقية الأشياء والكيان المادي أيضاً.

ويفهم من ذلك أن الجانب غير المادي أو الكيان المعنوي يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية، وبالتالي لا يمكن إنكار صفة المال عنه، وصاحب هذا الاتجاه من هذا الرأي حيث لا ينكر عن الكيان المعنوي للحاسب الآلي هذه الطبيعة، أي صفة المال، إلا إنه يثير إشكالاً بشأنه يتعلق بطبيعة هذا المال. أما دليلنا على عدم إنكاره عن الكيان المعنوي للحاسب الآلي (البرامج) وصف المال فهو إقراره بأن هذه المكونات كانت بالفعل محلاً للحقوق الذهنية مع اعترافه بأن حق المؤلف على مصنفه حقاً عينياً وبالتحديد حق ملكية(١)، ويستند في ذلك إلى أن مقومات الجانب غير المادي للحاسب الآلي من الممكن أن تترجم إلى قيمة مالية، بل أن هذا الأمر هو السبب وراء القول بأنها مالاً.

لكن يبدو لنا من الضروري أن نستعرض موقفه من مكونات هذه المقومات غير المادية وموقفه من معنى البرنامج قبل أن نقيم أفكاره بشأنها، ونستعرض موقفه من صلاحيتها لأن تكون محلاً للسرقة.

---

(١) د. عمر الفاروق الحسيني – المرجع السابق ص ٢٠، ٩٣.

مكونات المقومات غير المادية :

ينطلق هذا الاتجاه في تحديد معنى البرنامج - بعد أن يبين مكونات المقومات غير المادية ويرى أن هذه المقومات تتكون من البرامج والبيانات والمعلومات إضافة إلى جهد الآلة التي تقوم بإجراء المعالجة الآلية - من قاعدة أن البرامج إبداع فكري وذهني قابل للاستغلال المالي، أما دوره ووظيفته فهي أنه أسلوب عمل لمعالجة المعلومات. أما المعلومة، أو كما يسميها بالبيان فإنها تسجيل أو تدوين لواقع قائم كحالة أو رقم أو صفة، وهي قد تكون سرية أو غير سرية، أو أن تكون متاحة للكافة بمقابل مادي[١].

جوهر هذا الاتجاه:

إن هذا الاتجاه على الرغم من اعترافه وإقراره بصفة المال لمكونات الحاسب الآلي وبالذات ما يتعلق بكيانه المعنوي (البرامج) على وجه الخصوص، بفضل أنها لا تخرج عن دائرة التعامل لا بحكم طبيعتها ولا بحكم القانون، وبفضل أن هذه البرامج هي حق ذهني ذلك لأنها ابتكار وإبداع ذهني، وبفضل أن طبيعة هذا الحق - أي الحق الذهني- حق ملكية، وعلى الرغم من إقراره أيضاً بأن للمال المنقول مفهوماً أوسع في القانون الجنائي عنه في القانون المدني، إلا أنه لا يقر بصلاحية الكيان المعنوي (البرامج) لأن تكون محلاً للسرقة، ذلك لأن قابلية تلك المعلومات للاستغلال المالي لا يعني أنها واردة على شيء يعتبر مالاً بذاته، فهي وبسبب ذلك، لا تصلح لأن تكون محلاً للسرقة. أما تسميتها بالأموال المعلوماتية فكما يقول صاحب هذا الاتجاه، يجب أن يفهم بأنها تعني القابلية للاستغلال المالي لهذه المقومات فحسب.

ولكن إذا كانت برامج الحاسب الآلي لا تصلح لأن تكون محلاً لجريمة السرقة وفقاً لهذا الرأي فلأي الجرائم تصلح يا ترى؟

(١) نفس المصدر ص ٩٤.

سبق أن بينا أن هذا الرأي يعرف البرنامج بأنه إبداع أو ابتكار فكري وذهني قابل للاستغلال المالي، وأن وظيفته تتحدد بكونه أسلوب لمعالجة المعلومات، لذلك فإنــه يصــلح لأن يكون محلاً للاعتداء على استغلاله إذا ما تم استخدام البرنامج دون وجه حق، أي دون اتفاق مع واضعه أو منتجه، فمثل هذا الأمر يشكل اعتداءً علــى استغلال المصنف وقد يسمى (بالسرقة الأدبية)، أو قد يسمى تقليدُ للمصنف، لذلك فإن الاعتداء على البرنامج هو اعتداء على حق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالاً مالياً، ومن ثم يجب أن يخضع لبنود حماية حق المؤلف[١].

أمــا المعلومة فإن الاعتداء عليها يتوقف على حسب ما إذا كانت المعلومة : ســرية أو غــير ســرية أو مــتاحة للكافة بمقابل. فإذا كانت المعلومة سرية فإن الاطــلاع علــيها يشــكل انتهاكاً لسرية المعلومة وليست سرقة لها، أما إذا كانت المعلومــة غــير ســرية فهي أما أن تكون مجانية، ولا يشكل الاعتداء عليها أية جريمة، أو أن تكون متاحة للكافة ولكن بمقابل مادي فإن الحصول عليها دون دفع المقــابل وبدون رضاء من له الحق عليها، أي مالكها الشرعي، يكون في حقيقته سرقة للمنفعة أو الفائدة المرجوة منها، كما يعد من قبيل السرقة للمنفعة الحصول على جهد الآلة بغير المقابل المقرر لها وبغير رضاء صاحب الحق في اقتضاء ذلك المقابل، ذلك لأن جهد الآلة ما هو إلا خدمة تتاح لقاء مقابل مادي[٢].

---

(١) نفس المصدر ص ٩٤- ٩٥.
(٢) نفس المصدر ص ٩٤.

المبحث الثالث

إثبات صفة المال لبرامج الحاسب الآلي

إذا كان ما قدمناه ليس بالدليل الكافي على إسباغ صفة المال لبرامج الحاسب الآلـي، فإنـــنا في هذا الموقع سنحاول تقديم الأدلة التي تثبت بأن برامج الحاسب الآلـي لا يمكـن إلا أن نقـر لها صفة المال، وذلك من خلال بيان طبيعة مكونات الـبرنامج، والنـتائج التـي يمكـن أن نرتبها عليه، وقد خصصنا لكل أمر مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

طبيعة مكونات برامج الحاسب الآلي

سـبق أن بيـنا أن بـرنامج الحاسب الآلي عبارة عن: مجموعة من الأوامر والتعلـيمات تكتـب بلغـة معينة تصدر من الإنسان إلى الآلة (أي جهاز الحاسب الآلـي)، مرتبة بأسلوب معين تؤدي إلى تشغيل الجهاز أو تسهيل إدارة الأعمال أو حـل المسـائل العلمـية، وبذلك فإن البرنامج في جوهره عبارة عن مجموعة من المعلومات، لذلك كانت الحاجة إلى بيان معنى المعلومات.

معنى المعلومات

المعلومـات حسـبما يعرفها البعض(١) بأنها: أحد عناصر المعرفة التي يتصل بهـا الغـير من خلال وسيلة مناسبة لنقلها أو تسجيلها أو معالجتها، وتأخذ شكل رسالة يمكن نقلها إلى الغير من خلال وسيلة معينة.

(١) H. Groze et y. Bismuth : droit de infromatique، Economic. Paris 1986 20-21
أشار له الدكتور عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص ٤٨
ولاحظ أيضا" د. محمد فتحي عبد الهادي مقدمة في علم المعلومات – مكتبة غريب – القاهرة ١٩٨٤ ص١١ وما بعدها.

وبناءً على ذلك فإنه لكي تأخذ الفكرة شكل المعلومة، وتأخذ وصفها كمعلومة لا بد أن تكون قابلة للإرسال للغير بوسيلة معينة أياً كانت تلك الوسيلة، ذلك لأن المعرفة فكرة عن شيء، وتأخذ الفكرة وصفها أي تصبح الفكرة معلومة عند إرسالها إلى الغير، وبذلك نصل إلى أن الفكرة تسبق المعلومة وفقاً للوصف الذي حددناه.

لكن إذا كانت البرامج أو البرنامج عبارة عن مجموعة من المعلومات، والمعلومات هي أحد عناصر المعرفة، بل هي وسيلتها، يتم إدراكها بإحدى وسائل الإدراك، وإذا كانت المعرفة هي فكرة عن شيْء، فإن ذلك يؤدي إلى أن تكون المعلومات مجموعة من الأفكار تمثل تعبيراً يأخذ شكل رسالة يمكن للغير أن يدركها بصورة من الصور سواء بنقلها، أم بحفظها، أم بمعالجتها(١).

على أنه يجب أن يوضع في الحسبان بأن الفكرة مادامت في ذهن صاحبها فهي ليست لها نظام قانوني معين، ولكن يكون لها ذلك النظام إذا تحولت إلى حيز الوجود بفعل أو قول، وإن تحولت إلى ذلك أصبحت في نطاق اهتمام المشرع، وتصبح الأفكار في نطاق اهتمام المشرع الجنائي إذا تحولت الأفكار الجرمية إلى أعمال تحقق البدء في التنفيذ.

إذن الأفكار ليس لها ذلك النظام القانوني إلا إذا خرجت إلى حيز الوجود بفعل أو قول، كما هو الأمر بالنسبة للتفكير بالجريمة، حيث المقرر بأن لا عقاب على ما يدور في الأذهان والنوايا ما لم ترقى إلى مرتبة البدء في التنفيذ.

ولكن المعلومات المكونة للبرنامج قد تحولت من كونها فكرة إلى معلومة، والمعلومات التي يتكون منها البرنامج لم تعد مجرد معلومات إنما أصبحت جزءً من مكونات الكيان المعنوي للحاسب الآلي، حيث أنها قد تمت معالجتها وأصبحت تشكل رموزاً وشفرات، لا يمكن لأحد العلم بها إلا من خلال الآلة وعن طريق

(١) د.علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص ٤٨

تشغيلها[١].

إذن ما يمكن أن نستنتجه من العرض السابق أن مكونات برامج الحاسب الآلي ذات طبيعة ذهنية، ذلك لأنها فكرة ارتقت إلى صفة المعلومة فأصبحت جزءً من الجانب المعنوي للحاسب الآلي، ولا يمكن العلم بها إلا من خلال الآلة أو عن طريقها، الذي يمكن أن يتم العلم بها أو الاطلاع عليها بصورة غير مشروعة.

المطلب الثاني

النتائج التي تترتب على الطبيعة الذهنية لبرامج الحاسب الآلي

من أهم النتائج التي تترتب على كون برامج الحاسب الآلي ذات طبيعة ذهنية هي: أن هذه البرامج ترتبط بشخصية صاحبها، لأنها فكرته نتاج ذهنه وابتكاره، لذلك قيل بأنها من الحقوق الذهنية[٢]، لشخصية اللصيقة به، كما أنها حيث تجسدت في برنامج وانتقلت من كونها فكرة إلى كونها معلومة دخلت من ضمن مكونات برنامج معين أياً كان نوع هذا البرنامج، فإنها أصبحت قابلةً للاستغلال، وتصنف هذه الحقوق (أي الحقوق الذهنية) في إطار الحقوق المالية الشخصية.

أما قابليتها للاستغلال فإنها قابلة للانتقال، ويصبح هذا الأمر من خصائصها الأساسية، وعلى أساس ذلك، أصبح هناك طرفاً ما يستقبلها، لذلك فإن من نتائجها الأخرى ي أنها مثار علاقات كبيرة تتمحور في علاقتين : الأولى بينها وبين

---

(١) نفس المصدر ص ٤٩.

(٢) الحقوق الذهنية هي ذلك النوع من الحقوق التي ترد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر فيثبت لصاحبها أبوة هذا الحق ونسبته إليه وحده كما أنه يعطيه احتكار استغلاله ماليا ويكفل له الحصول على ثمراته. للمزيد راجع د. حسن كيره – المدخل إلى القانون ط/ الخامسة ١٩٧٤ ص٤٨١.

صـــاحبها، وهـــي علاقـــة نســـب كعلاقة الابن وأبيه، أما العلاقة الثانية فهي بين صـــاحبها والغـــير، وهـــي كأي علاقة أخرى تنشأ بين شخصين أو أكثر، لا بد أن تخضع لتنظيم قانوني.

علـــى أنـــه إذا كانت البرامج في جوهرها معلومات، والأخيرة هي نتاج ذهني يـــأخذ هـــذا الوصـــف أي وصف المعلومة عند الإرسال إلى الغير، وأنها لا بد أن تخضـــع لتنظيم قانوني معين، وحيث أنها قابلة للاستغلال المالي. فإذن من الممكن أن ينشـــأ عـــنها علاقات كالتي يعرفها القانون المدني، وبالذات علاقة المالك بما يملـــك. إذ له حـــق التصـــرف بها بجميع التصرفات التي يجيزها حق الملكية، فله البيع والإيجار والإيداع والنقل والتبديد....الخ، وبما أن من مقتضيات الاستغلال أو مـــن نـــتائجه الأولى النقل، وحيث أننا أثبتنا قابلية برامج الحاسب الآلي للنقل أو الانـــتقال، فـــإن العلاقة التي تنشأ هي علاقة بين الغير وصاحبها : الغير باعتباره مستقبلاً لها وصاحبها باعتباره مرسلاً لها.

وبـــناءً على ذلك فإن هذه البرامج تخول أصحابها إبرام العقود التي لا ينكرها القـــانون المدني كالبيع والإيجار، لأنها، أي البرامج، ترتب حقوقاً لأصحابها يجوز علـــى ضوئها التصرف بها كأي سلعة أخرى، إذ يجوز طرحها في الأسواق بل أن لهـــا في وقتنا الحاضر أسواق تجارية تخضع لقوانين السوق الاقتصادية، فمن منا الـــيوم لا يقتنـــي برنامج ومن منا اليوم لا يشتري من تلك البرامج، ولا يسعى إلى الحصـــول عليها، وإن كان لم يشتر منها فهو على اقل تقدير يقتنيها وقد سبق له أن دفع ثمنها.

وبـــناءً على ما تقدم فإن السؤال الذي يطرح نفسه إذا كانت البرامج التي في جوهرها معلومات تنشأ عنها كل هذه العلاقات، وإذا كان من الجائز إجراء كل هذه التصرفات القانونية، فما هو الضير من الاعتراف لها بصفة المال أليست هي مالاً؟ إذا كنا ننكر عليها هذا الوصف فكيف وقد بدأت تفرض نفسها في الأسواق كسلعة لا غنى عنها؟

إذا كانـــت هذه الحقوق التي تنشأ للفرد على المعلومات، وهذه التصرفات التي يجـــوز لـــه إجـــراؤها هي التي دفعت جانباً من الفقه -نحن نؤيده-لى القول بأن المعلومـــات مال ليس بسبب العلاقة التي تنشأ بينها وبين صاحبها، وليس فقط لأن لصاحبها عليها حق استئثاري خاص،وإنما لأنها ذات قيمة اقتصادية عالية أيضاً.

إننا نؤكد أن المعيار لاعتبار الشيْء مالاً يجب ألا يظل كما تم بيانه، بل أنه لم يبق كما كان ينادي به الفقه التقليدي من وجوب أن يكون الشيء مالاً مادياً، الأمر الـــذي أدى إلـــى استبعاد صفة المال عن طائفة من الأشياء ومنها برامج الحاسب الآلـــي لانتفاء صفة المادية عنها، إنما المعيار الحديث لاعتبار الشيء مالاً هو ما لـــه مـــن قيمة اقتصادية، والدليل على ذلك اعتراف المشرعين للطاقة الكهربائية بأنهـــا مـــال، وعلى ذلك فإن القانون الذي يرفض إسباغ صفة المال على شيء له قيمة اقتصادية هو (قانون ينفصل تماماً عن الواقع) كما يقول الأستاذ كاربونيـــه (Carbonnier)[(١)].

ويضـــاف إلـــى ما تقدم أن تحديد مفهوم الشيء والمال لا يفرضه الشيء أو المـــال وطبيعـــته إنما تحديد ذلك وإسباغ صفة المال على الشيء يستند إلى الذهن ومـــا تفرضـــه الحاجة والواقع. ولهذا يكون مقبولاً أن يكون موضوع المال شيئاً غير مادي متى ما كانت له قيمته الاقتصادية ويستحق الحماية.

وبناءً على ما تقدم، وبناءً على أن البرامج أو المعلومات المكونة لها لا يرقى الشـــك إليها في اعتبارها ذات قيمة اقتصادية، بل أنها ذات قيمة اقتصادية عالية، لذلـــك فإنـــه لا مجال من وجوب معاملتها على أساس أنها مالاً، ولو أنها لم تكن كذلـــك لما كان المشرع قد اعترف لصاحبها بحق الملكية الذهنية أو الأدبية، ولولا أن المعلومـــات مالاً ما كان المشرع يستطيع التسليم بهذا الحق للأفراد وإن كانت طبيعته محل جدل فقهي[(٢)].

(١) Car bonnier : droit Civil P.U.F. Paris 1973 T 3 L NO 17،18 54
أشار له د. عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص٥٠.

(٢) راجـــع فـــي ذلـــك د. عبد الرشيد مأمون – الحق الأدبي للمؤلف – النظرية العامة وتطبيقاتها – دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٨ ص ، د. محسن البية – المرجع السابق – ص ١٢١ وما بعدها.

الفصل الثاني

مدى خضوع برامج الحاسب الآلي لمضمون فعل الاختلاس

إن بيان مدى خضوع برامج الحاسب الآلي لمضمون فعل الاختلاس يتطلب أولاً بيان مدلول اختلاس، ثم بيان مدى انطباق هذا المفهوم على برامج الحاسب الآلي، وقد خصصنا لكل أمر مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

في معنى أو مدلول الاختلاس

إن الاختلاس هو الركن المادي لجريمة السرقة، إذ هو النشاط المكون للسلوك الإجرامي بحيث أن السرقة لا تقع إلا به، ولتحديد معنى الاختلاس هناك اتجاهان : اتجاه تقليدي، واتجاه يمكن أن يسمى بالحديث، وسوف نتناول كل اتجاه بمطلب مستقل. على أننا ننبه بأننا لن نتعرض لجميع أحكام السرقة التي يمكن أن يثيرها كل اتجاه، إنما سنتعرض لمضمون كل اتجاه وبالقدر الذي يتعلق بموضوع بحثنا.

المطلب الأول

مدلول الاختلاس وفقاً للنظرية التقليدية

يعرف الاختلاس وفقاً لهذه النظرية بأنه انتزاع المال من يد الغير بغير رضاه أو علمه سواء قام الجاني بانتزاعه من صاحبه أو سلك في ذلك طرقاً أخرى[١]، وبذلك فإن النشاط المادي المكون لجريمة السرقة لا يتحقق إلا بنقل الشيء أو نزعه من المجني عليه وإدخاله في حيازة الجاني بغير علم المجني عليه وبغير رضاه[٢]، وهو ما لا يتحقق إلا بحركة مادية من قبل الجاني يتم بها نقل الشيء ونزعه من مالكه أو حائزه إلى حيازة وسلطة الجاني الشخصية[٣]

واستند أنصار هذه النظرية في وجوب أن يكون الانتزاع بغير علم ورضا مالك الشيء أو حائزه إلى المصدر التاريخي للقانون الفرنسي، أي إلى القانون الروماني. إذ أن الاختلاس يعني في ظل الأخير بأنه اغتيال مال الغير بغير رضاه[٤].

ويترتب على ذلك أمران: الأول: إذا لم يحصل نقل للشيء فلا يتحقق الاختلاس، ولا يتحقق الاختلاس أيضاً إذا كان الشيء موجوداً أصلاً في حيازة الجاني، أما الأمر الثاني: فهو إذا كان قد صاحب انتزاع المال رضا المالك فلا يتحقق الاختلاس، فالاختلاس لا بد لتحققه من تحقق تبديل الحيازة وأن يتم ذلك مع عدم رضا المجني عليه، وتبديل الحيازة يعني قيام حيازة جديدة سواء كانت هذه الحيازة هي حيازة الجاني نفسه أو حيازة شخص آخر أنشأها الجاني له

(١) د. كامل السعيد – المرجع السابق –ص ١٣.
(٢) نقض ٢٤/ ١٩٦٢/٤ مجموعة أحكام النقض س٧ ص ٤٢٧.
(٣) د. جميل عبد الباقي الصغير – المرجع السابق ص٥٥.
(٤) جندي عبد الملك – الموسوعة الجنائية ج.٤ ص ١٦٠، د. محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ط/ الثامنة / ١٩٨٤ ص ٤٤٣، د. كامل السعيد – المرجع السابق ص ١٣.

بفعلــه، أي بنشاطه، لذلك فإن إنهاء حيازة الجاني للمال دون إنشاء حيازة عليه لا يعد اختلاساً، ويتحقق الوصف حسب التصرف اللاحق الذي يقوم به الجاني فإتلافه مــثلاً يحقــق جــريمة الإتلاف لمال الغير، وينتفي الاختلاس أيضاً إذا ما تم تسليم الشيْء من ذي صفة وكان التسليم قد تم عن إدراك وإرادة، حتى ولو كان التسليم مشوباً بالغلط أو كان نتيجة تدليس.

ولكــن الأخذ بفكرة التسليم هذه قد ولد عيوباً كثيرة، لأنها تؤدي إلى الإفلات مــن العقاب لحالات وجود المال بين يدي الشخص دون أن يقصد من سلمه المال تــرك أية سلطة له عليه، لذلك ظهرت فكرة (التسليم الاضطراري)[1]، التي مؤداها أنــه إذا كان التسليم للشيء مما يقتضيه التعامل بين الناس والأخذ والعطاء بينهم، فــإن ذلك لا يمنع من تحقق الاختلاس إذا ما قام المتسلم برفض رد الشيْء. لذلك قضــي بأنه يعد سارقاً من تسلم ورقة نقدية سلمتها إليه امرأة جاهلة ليخبرها عن قيمتها فاستولى عليها[2].

إلا أن تطــوراً هامــاً ظهــر في نطاق فكرة الاختلاس أساسه فكرة الحيازة بموجــبها تــم التخلــي عــن فكرة انتزاع الشيْ ونقل حيازته، وهذا ما سيكون موضوعاً للمطلب الآتي.

المطلب الثاني

مدلول الاختلاس وفقاً للنظرية الحديثة

إن الفكــر المســيطر ســواء علــى الفقــه أو القضاء في نطاق تحديد معنى الاختلاس هو الفكر الذي يربط الاختلاس بمفهوم الحيازة، والأخيرة من بناء الفقه المدنــي، وقد نادى بذلك العلامة جارسون، الذي يرفض أن يعرف الاختلاس بأنه

(١) وهي فكرة منتقدة ومعيبة – د. عبد المهيمن بكر – المرجع السابق ص٢٧٢.
(٢) د. جميل عبد الباقي – المرجع السابق ص ٥٧.

أخذ الشيء أو نزعه أو نقله، لأنها كلها مرادفات للاختلاس. إنما يجب أن يحدد الاختلاس وفقاً لنظرية الحيازة المدنية، ويقصد بالحيازة تلك الحالة الواقعية التي تخول الشخص قدرة أو سلطة على شيء فيستعمله أو ينقله أو حتى يعدمه. فهي بذلك وضع يسيطر به الشخص على الشيء سيطرة فعلية، وللحيازة صور ثلاث :[1] (الحيازة التامة)، و (الحيازة المؤقتة أو الناقصة)، و(اليد العارضة)، وحيث تثبت الأولى للمالك تثبت الثانية للحائز غير المالك في حين أن الثالثة تتحقق في حالة أن يوجد المال مادياً بين يدي الشخص دون أن يكون له على الشيءْ أي نوع من الحيازة.

ويؤدي إعمال مفهوم الحيازة في نطاق الاختلاس إلى أن الأخير يتمثل في الاستيلاء على حيازة الشيء بعنصريها المادي والمعنوي على غير إرادة مالكه أو حائزه، ويبنى على ذلك أن حيازة الشخص لشيءْ بناء على إرادة وعلم مالكه ينفي الاختلاس، وبذلك يكون التسليم النافي للاختلاس هو ذلك الذي يراد به نقل الحيازة التامة أو المؤقتة بشرط أن يكون هناك تراض على نقل الحيازة، وأن يكون هذا التراضي صادراً عن إدراك وتمييز[2].

إن أهم ما جاءت به هذه النظرية هو أنها خالفت النظرية التقليدية في تحقق الاختلاس فحيث أنه لا يتحقق في ظل النظرية التقليدية إلا بانتزاع الشيء من موضعه، فإنه في نظر النظرية الحديثة يتحقق الاختلاس بسلب الحيازة المادية والمعنوية بدون رضا الحائز أو مالك الشْيء، وهذا يعني أن الحركة المادية ــ التي تتطلبها النظرية التقليدية ــ والتي يتم بموجبها انتزاع الشيء أو نقله من موضعه ليست بذات شأن في نطاق النظرية الحديثة. فالاختلاس يتحقق وفقاً للنظرية الأخيرة، سواء كان المال قد تم نزعه أو نقله مادياً من المجني عليه

(١) د. رؤوف عبيد – الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال ١٩٦٥ ص ٣١٧ وما بعدها، د. محمد رمضان بارة – المرجع السابق ص ١٧، د. عبد المهيمن بكر – المرجع السابق –ص ١٩٨، د. كامل السعيد – المرجع السابق – ص ٢٩ وما بعدها، والى جانب ذلك أنظر كتب القسم الخاص –جرائم الأموال.
(٢) د. عبد المهيمن بكر – المرجع السابق ص ٥٨، د. جميل عبد الباقي – المرجع السابق ص ٢٢٠.

بفعـل الجانــي، أو أن يكون المال بين يدي الجاني من قبل دون أن تكون له أية سـيطرة قانونـية مـا عليه، أو حتى لا يكون أصلاً متواجداً بين يدي أحد كما هو الحال بالنسبة للاستيلاء على الأشياء الضائعة التي لم تكن تحت حيازة أحد، وحتى لـو أن الجاني لم يقم بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء حيازة على الشيءْ، كما لو دخل الشيءْ في حيازة الشخص دون أي فعل صدر منه، وعلى أساس ذلك أدانـت محكمـة النقض الفرنسية راعي بقر لأنه احتجز بقرتين من قطيع شخص آخـر بعـد أن ضلت طريقها ودخلت في قطيعه. فمجرد استبقاء الشخص للشيءْ الذي دخل بحوزته يكفي لقيام الاختلاس.

المبحث الثاني

برامج الحاسب الآلي في ضوء مضمون الاختلاس

إن بـيان مـدى خضوع برامج الحاسب الآلي لمضمون الاختلاس الذي سبق بيانه لا يكون إلا من خلال بيان مدى صلاحية خضوع الأموال المعنوية لمضمون الاخـتلاس لاقـتراب برامج الحاسب الآلي من هذا المفهوم. وسيكون كل أمر في مطلب مستقل.

المطلب الأول

مدى خضوع الأموال غير المادية لفعل الاختلاس

الـرأي مستقر في الفقه على أن كل الأشياء المادية القابلة للانتقال من يد إلى يـد تصـلح لأن تكون محلاً للسرقة سواء كانت من الأجسام الصلبة أو السائلة أو الغازيـة[1]، والأخيرة تصلح لذلك متى تم إحرازها، لأن البحث ينبغي أن ينحصر

(١) د. محمـد رمضان بارة – المرجع السابق ص ، د. محمود محمود مصطفى – المرجع السابق ص ٤٦٦، د. محمـد صـبحي نجـم – المـرجع السابق ص١١٠، د. عمر الفاروق الحسيني – المرجع

فيما إذا كان للمال كيان مادي، ومناط هذا الكيان هو مدى صلاحية المال لأن يكون موضـوعاً للسلطات المادية التي تتكون من مجموعها الحقوق والمزايا التي تنالها السـرقة بالاعـتداء(1)، وهـذا يفيد بأن الأموال المعنوية لا يمكن أن تكون محلاً للنشاط المادي المكون للسرقة، أي لفعل الاختلاس.

وقـد حـدث تطـوراً علمياً هائلاً أدى إلى وجود أموالاً غير مادية ذات قيمة اقتصادية عالية كالطاقة الكهربائية، فهل يشكل الاستيلاء عليها سرقة ؟ لاسيما أن نقلهـا يـتم مـن خلال توصيل الأسلاك بمصدر الطاقة مباشرة أو بأسلاك متصلة بالمصـدر...؟ ألـيس مـن الأجـدر الاعتراف لها بصفة المال ومن ثم الاعتراف بالاعـتداء الواقـع علـيها بأنه يشكل سرقة..؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في فرعيـن الأول نستعرض فيه موقف التشريعات الجنائية منها، والثاني سنخصصه لاستعراض موقف الفقه والقضاء في البلدان التي خلت تشريعاتها من نص صريح يعالج الطاقة الكهربائية.

الفرع الأول

موقف التشريعات من سرقة الطاقة الكهربائية

مـن استقراء التشريعات التي تيسر لنا الاطلاع عليها يتبين لنا أنها تسير في اتجاهيـن : اتجـاه عـالج الأمر بنص صريح، واتجاه أغفل ذلك مما دعا القضاء والفقـه فـي تلك البلدان للتصدي لهذا الأمر، وسنتولى بيان الاتجاه الأول في هذا الموقع.

لقد سار في هذا الاتجاه جملة من التشريعات منها المشرع الليبي حيث نصت المـادة ٤٤٤ عقوبـات علـى أنه (... ويعد من الأموال المنقولة في حكم قانون

السابق ص ٩٦، د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق ص ٣٠، د. عبد المهيمن بكر – المرجع السابق ص ٢١٩، د. كامل السعيد – المرجع السابق ص ٤٧.

(١) د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق ص ٩٦

العقوبات الطاقة الكهربائية وجميع أنواع الطاقة ذات القيمة الاقتصادية)، وكذا كان الموقف عند المشرع العراقي حيث نصت المادة ٤٣٩ عقوبات على أنه (... ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق أحكام السرقة... والقوى الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى)، وكذلك فعل المشرع الأردني حيث نصت المادة ٣٩٩ عقوبات على أنه (.... وتشمل لفظة مال القوى المحرزة).

ويبدو لنا أن المشرع الليبي كان أكثر صراحة في التعبير عن صلاحية الطاقة الكهربائية إذ أنه بالإضافة إلى أنه أعتبر كل طاقة ذات قيمة اقتصادية في حكم الأموال المنقولة، فإنه لم يقصر الأمر كما فعل المشرع العراقي حيث اعتبرها منقولاً لتطبيق أحكام السرقة فقط. في حين أن المشرع الليبي اعتبرها كذلك لتطبيق أحكام قانون العقوبات، وهذا يعني أنها بذلك تصلح لأن تكون محلاً لجميع الجرائم التي تتطلب أن يكون محلها مالاً منقولاً لا كما يذهب المشرع العراقي بأنها تصلح لأن تكون محلاً لجريمة السرقة فقط.هذا من جانب، ومن جانب آخر أن المشرع الليبي قد أعطى الحكم لجميع أنواع الطاقة بمعنى أن جميع أنواع الطاقة ذات القيمة الاقتصادية هي مالاً منقولاً في حكم المشرع الليبي، ولذلك فجميع أنواع الطاقة تصلح لجميع جرائم الأموال التي لا تتعارض مع طبيعتها متى كانت هذه الطاقة ذات قيمة اقتصادية.

إذن القيمة الاقتصادية هو المعيار الذي يعول عليه بعض المشرعون في إسباغ صفة المال على الطاقة، ولهذا الأمر أهميته في نطاق بحثنا إذ أن كل طاقة لها قيمة اقتصادية تصلح لأن تكون مالاً في نظر القانون الجنائي، لذلك فإن إثبات الشيء بأنه طاقة لا يكفي لإسباغ صفة المال عليه، إنما إلى جانب ذلك يجب إثبات أن لهذه الطاقة قيمة اقتصادية.

وما تجب ملاحظته أن المشرع حين يسبغ صفة المال على أنواع الطاقة التي لها قيمة اقتصادية ويخضعها لأحكام قانون العقوبات، فهذا يدل على أن المشرع

يعطي لمعنى المال مدلولاً يختلف عن المدلول الذي يعطيه إياه القانون المدني، أي وبصريح العبارة أن المشرع الجنائي قد خرج عن إطار القانون المدني في تحديده للمال وعدم التمسك بمدلوله في نطاق القانون الجنائي، وذلك ما تقتضيه الضرورة ومـا يقتضيه استقلال القانون الجنائي عن القانون المدني، إذ أن القانون الجنائي قـانون قـائم ليس على تنظيم المصالح فحسب، بل وحمايتها، والتمسك بمدلول بعـض الألفاظ في القانون المدني ومنها مدلول لفظ المال المنقول يُعدم خصوصية القانون الجنائي.

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء من سرقة الطاقة الكهربائية

لا شـك أن عرض موقف الفقه والقضاء من سرقة الطاقة الكهربائية سيعكس الموقـف فـي الـبلدان التي خلت تشريعاتها من نص تشريعي صريح بخصوص الطاقـة الكهربائـية، إذ لا اجتهاد في مورد النص، وحيث أن التشريعين المصري والفرنسـي قـد خلـيا من مثل ذلك النص لذلك فإن هذا سيعكس وجهة نظر الفقه والقضـاء فـي هذيـن البلدين، على أن نتولى عرض الموقف في فرنسا أولاً ثم الموقف في مصر ثانياً.

أولاً : الموقف في فرنسا :

إذا كان ما تثيره لفظة الشيءْ التي وردت في المادة ٤٣٩ في قانون العقوبات الفرنسي في الذهن هو أن يكون الشيء ذا كيان مادي حتى يصلح لأن يكون محلاً للسـرقة، فـإن هـذه النظرة لم تلبث أن تغيرت، إذ لم يشترط أن يكون المال مالاً مادياً حتى يصح أن يكون محلاً للسرقة إذ من الممكن أن يكون المال مالاً معنوياً، والفضـل فـي هـذا التغيـير يعـود إلى ازدياد الأموال المعنوية وازدياد قيمتها

الاقتصادية من جهة، وإلى النصوص الجزائية ذاتها من جهة أخرى، حيث أن هذه النصوص لا تحول من حيث المبدأ دون إمكانية وقوع السرقة على شيْ أو مال غير مادي. فالنصوص الجزائية قد وردت بصورة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده. فالمشرع الفرنسي عند تعريفه للسرقة أورد عبارة (شيء) بصورة مطلقة دونما قيد يقيدها ويحصرها بالأشياء المادية، ولو كان يريد أن يحصرها بذلك لنص على ذلك، وعندها سنكون مقيدين برغبة المشرع، لأننا سنكون محكومين بقاعدة لا اجتهاد في مورد النص، بل أن من حسن السياسة التشريعية، على ما نعتقد، أن يستخدم المشرع من العبارات ما تحتمل التأويل بحيث تكون بمقدورها أن تواكب التطور، ونعتقد أنه يلجأ إلى مثل هذا الأسلوب في كثير من الأحيان وإلا انتهى دور القضاء في الاجتهاد وأصبح كالآلة.

وعلى ذلك فإن خلو النص في قانون العقوبات من مثل هذا القيد دفع البعض للقول بأن المشرع لم يقصر محل السرقة على الأشياء المادية، وإنما يشمل الأمر جميع الأموال حتى ولو كانت هذه الأموال غير مادية طالما أنها تقبل الاختلاس[١].

ثانياً : الموقف في مصر

استناداً إلى محاكاة المشرع المصري للمشرع الفرنسي، ومن بعده الفقه والقضاء المصريين إلى الفقه والقضاء الفرنسيين، فقد استقر الفقه والقضاء المصريين على أن فعل الاختلاس يجب أن يرد على أشياء مادية، ولكن بذات الوقت فإن نص المادة ٣١١ عقوبات لا يحول من حيث المبدأ دون إمكانية وقوع السرقة على شيءْ معنوي، لأن نص المادة المذكورة ليس فيه من إشارة -لا من بعيد ولا من قريب - إلى تحديد طبيعة الشيء أو المال محل السرقة، مما يعني أن طبيعة المحل في السرقة لم يرد عليه أي قيد أو تخصيص من المشرع، ويستوي

---

(١) R. Merle et A. Vitu: trate de droit criminal, cujas.1982, droit Penel spcial per A. vitu: NO 2213 P. 180.

أشار له د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص ٥٣.

عنده بالتالي أن تقع السرقة على أشياء مادية أو معنوية[١]، وقد كان لهذا التطور أثـــره في قبول فكرة وقوع الاختلاس على الطاقة الكهربائية على الرغم من انتفاء الصفة المادية عنها[٢]، مستندين في ذلك كما ذكرنا إلى عدم تحديد المشرع لطبيعة المـــال محل السرقة، وقد قضت محكمة النقض المصرية، متأثرة بهذا الاتجاه، بأن وصـــف المـــنقول لا يقتصـــر على ما كان جسماً متميزاً قابل للفرز طبقاً لنظريته الطبيعـــية، بـــل هو طبقاً لأحكام القانون المدني كل شيء ذي قيمة اقتصادية يمكن تملكه وحيازته ونقله وهذه الخصائص متوافرة في الكهرباء، إذ لتيارها قيمة مالية ويمكـــن ضـــبطه وحيازته ونقله من حيز إلى آخر، ومتى كان ذلك، فالكهرباء مما يتناوله كلمة منقول الواردة في المادة ٣١١ عقوبات، ولا مجال لإخراج اختلاسها أو الاستيلاء عليها من نطاق نصوص جريمة السرقة، أي من حكم السرقة[٣].

وقـــد شهد القضاء المصري تطوراً آخر حيث طبقت محكمة النقض المصرية المـــبدأ الـــذي أرسته بشأن سرقة الكهرباء على سرقة خط تلفوني، حيث قام أحد الأشـــخاص بـــتحويل مسار خط تلفون خاص بأحد الأشخاص إلى منزله واستعمله طـــيلة مـــدة تعطـــيله، وقد بررت المحكمة ذلك بقولها أن الجاني قد استولى على الطاقـــة الكهربائـــية المغناطيسية (الكهرومغناطيسية) التي تعمل على نقل الصوت عـــبر الأسلاك، وبذلك يكون قد سيطر عليها واستعملها دون أن يكون مرخصاً له ودون أن يؤدي المقابل لذلك[٤].

(١) د. هـــدى حـــامد قشقوش – جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٢ ص٦٥– ٦٦.

(٢) أنظـــر خلاف هذا الرأي د. عمر الفاروق الحسيني – المرجع السابق ص ٩٧، ومن هذا الرأي أيضاً مـــا ذكره الدكتور عمر الحسيني في هامش رقم ٢ ص ٩٧ هم – الدكتور عبد الفتاح الصيفي الوارد الإشارة له في كتاب الدكتور رؤوف عبيد ص ٣٣٠.

(٣) نقض ٥ أبريل ١٩٣٧ مجموعة القواعد ج/٤ رقم ٦٩ ص ٦٣، نقض ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ مجموعة القواعـــد ج/٤ رقـــم ٣٩ ص ٣٠، نقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٢ أحكام محكمة النقض س/٤ رقم ٨ ص ٢٠٥، نقـــض ١ أكـــتوبر ١٩٦١ أحكـــام الـــنقض س١٢ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ وللمزيد عن سرقة الكهـــرباء أنظـــر د. حســـن صادق المرصفاوي – المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص – منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩١ ص٢٨٩ وما بعدها.

(٤) نقض ١٧ نوفمبر ١٨٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣١ رقم ١٩٤ ص ١٠٠٢.

وبناءً على ذلك فإن كل شيءٍ ذي قيمة مالية ويمكن حيازته ونقله يصلح لأن يكــون محلاً للسرقة، وهذا لا ينطبق فقط على الطاقة الكهربائية، بل ينطبق أيضاً على كل قوة أو طاقة يمكن أن تخضع لسيطرة الإنسان ويكون بوسعه أن يوجهها على النحو الذي يحقق منفعته، لذلك قيل بأنها تشمل أيضاً الطاقة النووية(١).

المطلب الثاني

مدى إمكانية إعمال أحكام سرقة الطاقة الكهربائية على برامج الحاسب الآلي

من عرضنا السابق سواء بالنسبة للتشريعات التي خلت من نص يعالج سرقة الطاقــة الكهربائــية أو أيــة طاقة أخرى، أو بالنسبة للتشريعات التي عالجت ذلك بــنص صــريح، نســتفيد أن الســرقة يمكن أن ترد على أية طاقة يمكن إحرازها ونقلهــا، إضــافة إلــى أنهــا ذات قــيمة وقابلة للتملك، مما يعني أن مبدأ تجريم الاســتيلاء على أية طاقة، ومن ثم القول بوقوع الاختلاس وتحققه يطبق على كل طاقة يمكن أن تخضع لسيطرة الإنسان ويكون بوسعه أن يوجهها على النحو الذي يحقق منفعته.

ولكــن هــذا القول أثار في الفقه تساؤل عن إمكانية تطبيق الأحكام السابقة، وعلــى وجــه الخصوص المتعلقة منها بسرقة الطاقة الكهربائية، على الإشعاعات التــي تصــدر عــن جهــاز الحاسب الآلي وعن كابلات الربط إذا ما تم استقبالها والسيطرة عليها، أو من خلالها على برامج الحاسب الآلي؟

إن الإجابــة على هذا التساؤل، ومن ثم القول بإمكانية إعمال الأحكام الخاصة بســرقة الطاقــة الكهربائية على الإشعاعات التي تصدر عن الجهاز وعن كابلات

(١) د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق –ص ٨١٦.

الربط، يقتضي منا إثبات أن المعلومات التي يتكون منها البرنامج طاقة مثلها مثل الطاقــة الكهربائــية أو أية طاقة أخرى يمكن إحرازها ونقلها، أي بمعنى آخر أن تخضــع لسيطرة الإنسان ويكون بوسعه أن يوجهها بما يحقق منفعته، وتكون له عليها سلطات حق الملكية.

يذهــب جانــب من الفقه في الإجابة على التساؤل الذي طرحناه في اتجاهين: الأول: ينكر إمكانية إعمال الأحكام المتعلقة بسرقة التيار الكهربائي والثاني : يقبل بمد أحكام سرقة الطاقة الكهربائية إلى نطاق برامج الحاسب الآلي، والاتجاه الأول فــي صــدد رفضه لإمكانية إعمال الأحكام المتعلقة بسرقة الطاقة الكهربائية على الإشــعاعات الصادرة عن الجهاز، والتي إن تم السيطرة عليها تمت السيطرة على المعلومــات المكونــة لبرنامج الحاسب الآلي، يذهب إلى أن برامج الحاسب الآلي وإن اكتســبت صــفة الطاقة أو القوة المحرزة فإنه من الصعب تقديرها باعتبارها كذلــك. فــإذا كان التطور العلمي والتقدم الفني والتكنلوجي قد أضفى على بعض القــوى قــيمة اقتصادية حتى وإن كانت عالية، إلا أن هذا لا يعني إمكانية إعمال الأحكــام الخاصــة بسرقة التيار الكهربائي عليها، لأن مد الأحكام الخاصة بسرقة الطاقــة الكهربائــية علــى التقاط الإشعاعات الصادرة، سواء عن الأجهزة أو عن كــابلات الــربط، يتعارض ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ذلك لأن إعمال هذه القواعــد وهــذه الأحكــام لا يكون إلا باللجوء إلى القياس[1]، الأمر الذي يحضره المشــرع الجنائي في نطاق نصوص التجريم، فافتقاد التشريعات الجنائية لمثل هذا النص في نطاق برامج الحاسب الآلي كما هو الأمر بالنسبة للطاقة الكهربائية يمنع من إعمال أحكام الأخيرة على برامج الحاسب الآلي.

أما الاتجاه الثاني فهو يقبل بمد أحكام سرقة الطاقة إلى نطاق برامج الحاسب الآلــي بعدما يعترف للأخيرة بصفة الطاقة، إذ أن برامج الحاسب الآلي ما هي إلا

(١) د. جميل عبد الباقي الصغير – المرجع السابق– ص ٦٦– ٦٧.

طاقة ذهنية تقبل التملك وتقبل الحيازة من خلال الحيازة للدعامة التي تثبت عليها، كما هو الأمر بالنسبة للطاقة الكهربائية التي تقبل التملك وتقبل الحيازة من خلال الأسلاك التي تمر بها. فحيث أن برامج الحاسب الآلي هي عبارة عن معلومات، فإن هذه المعلومات التي تتكون منها البرامج تقبل الانتقال أيضاً، بل أنها لا تنتقل إلا بموافقة حائزها، الذي تعد كلمة السر أو (الرقم الكودي) بمثابة المفتاح الذي يطلقها من محبسها، فيمكن عن طريق معرفة هذا الرقم، أو هذه الكلمة، أو حل رموز الشفرة التي حفظ البرنامج تحتها، الدخول إلى البرنامج والاستيلاء على مكوناته، فالوسائل التي يتبعها الجاني في التوصل إلى البرنامج من خلال التعرف على كلمة السر أو الرقم الكودي باعتقادنا هي بمثابة الأسلاك التي استعملها الجاني في السيطرة على الطاقة الكهربائية، إذ أنها الأسلاك التي ستوصله بمصدر الطاقة، وهو الحاسب الآلي الذي يختزن المعلومات والتي حسبما قلنا سابقاً لا يمكن التوصل إليها إلا من خلاله وأثناء اشتغاله، وعلى ذلك فإن برامج الحاسب الآلي تصلح لأن تكون محلاً للسرقة على الرغم من أنها شيء غير مادي[١] إذا ما تم حل الشفرة أو معرفة الرقم الكودي دون رضا مالك البرنامج.

والقول بصلاحية برامج الحاسب الآلي لأحكام سرقة الطاقة لا يشكل خروجاً على مبدأ الشرعية كما يذهب أصحاب الاتجاه الأول، ذلك لأن النصوص الجنائية لم تأت إلى تحديد صفة الشيء محل الجريمة حيث أنها وردت مطلقة كما سبق وأن بينا، لذلك فهي تقبل التفسير بما يؤدي إلى المساواة بين أن يكون هذا الشيءْ مادياً أو غير مادي، وقد أيدت هذا محكمة النقض الفرنسية إذ قضت بسرقة المحتوى المعلوماتي للشرائط خلال الوقت اللازم لنسخ هذه المعلومات[٢]، كما

(١) د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص ٥٦– ٥٧.

(٢) Cass Crime 12 Janvier 1989 B.C.P. 8 NO. 14 (Vole de contenu Informationnel de certeines de disquittes Durant letemps necessaire a lareproduction des information's.
أشار له د. علي عبد القادر القهوجي. هامش رقم ٣ ص ٥٦.

قضـت أيضـاً بإدانـة شخص باختلاسه المعلومات المحاسبية ونقلها إلى الغير، باعتبارها مالاً معنوياً تملكه الشركة التي يعمل بها الجاني على سبيل الاستئثار(١).

والـراجح عندنا هو الرأي الثاني لأنه الأقرب إلى المنطق والواقع أولاً، وثانياً لأن هـناك اتجـاه قضـائي يؤيده، إضافة إلى أن النصوص الجنائية التي عالجت سـرقة الطاقة الكهربائية أبقت الباب مفتوحاً لاكتساب الشيء صفة المال المنقول أمام أي شيء تثبت له صفة الطاقة ويكون ذا قيمة اقتصادية، وحيث أننا أثبتنا أن بـرامج الحاسب الآلي هي طاقة، وأن لها قيمة اقتصادية، فلا ضير من الاعتراف لهـا بصـفة المال المنقول في نطاق قانون العقوبات، وبذلك لا نجد غضاضة من الاعتراف بإمكانية إعمال أحكام السرقة في نطاق برامج الحاسب الآلي استناداً إلى التصور الذي قدمناه.

وبذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن برامج الحاسب الآلي تصلح لأن تكون محلاً للاخـتلاس وفقـاً لنصـوص جريمة السرقة باعتبارها أشياء يصدق عليها وصف المـال المـنقول، لأنها تتمتع بقيمة اقتصادية عالية بالإضافة إلى قابليتها للتملك، وهـذا لا يشكل خروجاً على مبدأ الشرعية كما يذهب البعض. وإذا كان هذا الأمر يشـكل خروجاً على مبدأ الشرعية في التشريعات التي خلت من نص يعالج سرقة الطاقـة الكهربائـية، وإن كـنا لا نعتقد بذلك كما أثبتنا ذلك آنفاً، فإن هذا لا يشكل خـروجاً علـى مبدأ الشرعية في نطاق التشريعات التي تضمنت نصاً يعالج سرقة الطاقـة، بـل أنـنا نعتقد أن مد أحكام سرقة الطاقة إلى برامج الحاسب الآلي يعد إعمـالاً لـتلك النصـوص طالما أن النصوص الجنائية قد صرحت باعتبار (الطاقة الكهربائـية أو أيـة طاقة أخرى ذات قيمة اقتصادية) مالاً منقولاً في ضوء أحكام قـانون العقوبـات. وقـد أثبتـنا أن بـرامج الحاسب الآلي بما تحتويه من أفكار ومعلومات تمثل طاقة يمكن نقلها وتملكها لأنها ذات قيمة اقتصادية.

(١) د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص ٥٧.

وقـد يتـبادر إلى ذهن البعض أن هذا الآمر لا يشكل حلاً إلا للتشريعات التي خلـت مـن مثل هذا النص، أي النص الذي يعالج سرقة الطاقة، إلا إننا نعتقد بأن هـذا يشكل حلاً حتى بالنسبة للتشريعات التي نصت على خضوع الطاقة الكهربائية أو أيـة طاقـة ذهنية تنطبق عليها كل أوصاف الطاقة التي تؤهلها لأن تكون مالاً مـنقولاً، حيث أثبتنا أنها يمكن نقلها وحبسها وتملكها وأنها ذات قيمة اقتصادية، والسـبب علـى مـا نعتقد هو أنه حتى التشريعات التي تنص على سرقة الطاقة تتطلب منا إثبات كون برامج الحاسب الآلي كذلك، وهذا ما حاولنا إثباته فيما تقدم.

المبحث الثالث

المشاكل التي يثيرها الاختلاس في نطاق برامج الحاسب الآلي

إذا كـان الاخـتلاس يعني الاستيلاء على الحيازة الكاملة للشيء بدون رضا المـالك أو الحائـز السابق وعلمه، والذي يتحقق، أما بنزع الشيءْ من مكمنه، أو الاسـتيلاء عليه بعد سبق تسليم (اليد العارضة)، فإنه يفترض أن مالك الشيء أو حائـزه يفقـد حـيازته وسيطرته على هذا الشيء، وذلك لدخوله في حيازة وذمة أخـرى بحيـث يكون هناك إفراغ لذمة وإشغال لذمة أخرى بصورة لا يوجد مجال للـتزاحم بيـن الذمتيـن علـى الاستيلاء على الشيء [١]، وهذا ما يفضل البعض تسميته بتبديل الحيازة[٢].

وتطبيق ذلك في نطاق برامج الحاسب الآلي سنواجه من خلاله جملة مشاكل : أولهـا أن الجاني وإن كان يدخل في ذمته ما استولى عليه من برامج أو معلومات إلا أنه بذات الوقت لم يؤد فعله إلى انتزاعها من صاحبها الشرعي، إذ أن البرامج

(١) د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق – ص ٦١.
(٢) د. عمر الفاروق الحسيني – المرجع السابق – ص ١٠٥.

والمعلومات ظلت في ذمة صاحبها دون أي انتقاص من محتواها. أما ثاني هذه المشاكل : فهي أن الاستيلاء يتطلب تبديل الحيازة أي الانتقال من حيازة إلى حيازة أخرى، فكيف يمكن تصوره على البرامج وهي معلومات، أي ذات طبيعة معنوية والاختلاس ذات طبيعة مادية، وإذا كان يمكن تصور هذا الانتقال من ذهن إلى ذهن ومن ذاكرة إلى ذاكرة، فما هو حال الذاكرة أو الذهن الذي نقلت عنه؟، فهو لا زال يحتفظ بالمعلومة ولم يكن هناك إفراغ من تلك المعلومات.

إن التغلب على هذه العقبات سيكون من خلال استعراض موقف الفقه الفرنسي المؤيد لصلاحية برامج الحاسب الآلي للاختلاس، متجنبين بذات الوقت الرأي الذي يعارض ذلك، لأن هذه العقبات هي حججه التي أستند إليها في دعم موقفه الرافض لصلاحية برامج الحاسب الآلي للاختلاس.

ينطلق أصحاب الاتجاه المؤيد لصلاحية المعلومات والبرامج للاختلاس من افتراض مقتضاه : أن طبيعة الشيءْ أو كيفية الاستفادة منه وأسلوب استخدامه تحدد الطريقة أو الأسلوب الذي سوف يتبعه الجاني للقيام بالنشاط المحقق للاختلاس، فالنشاط الذي يحقق الاختلاس محكوم بطبيعة الشيء، أو كيفية الاستفادة منه واستخدامه، فالاستيلاء على سيارة ليس كالاستيلاء على تيار كهربائي، وسرقة كتاب يختلف في أسلوبه عن سرقة مادة غازية أو سائلة. فاختلاف الأسلوب الذي ينفذ به الجاني الاختلاس يختلف باختلاف الشيء الذي يقع عليه سواء من حيث حجمه أو وزنه أو قيمته أو وظيفته، فإذا كانت الأشياء المادية يتم اختلاسها من خلال نشاط مادي، فإن الأمر حتماً سيختلف إذا كان الشيء معنوياً أو غير مادي، وطريقة اختلاس الأخير كما يمكن أن تكون بالاستيلاء على الدعامة التي ثبتت عليها تكون بالاستيلاء عليها دون الاستيلاء على تلك الدعامة[1].

(١) د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق ص ٦٤- ٦٥.

غير أنه إذا كانت الصورة الأولى، أي الاستيلاء على الدعامة التي ثبتت عليها المعلومـــات والبرامج لا تثير إشكالا، لأن الجاني يكون قد استولى على شيْ مادي، فـــإن الصورة الثانية تثير إشكالاً، لأن الجاني يكون قد استولى على شيْ معنوي، وذلـــك بما قام به من نشاط ذهني، حيث أنه لم يقم بنشاط مادي إنما كل ما قام به هـــو نشـــاط معـــنوي بذله من أجل السيطرة على تلك المعلومات، سواء كان ذلك بالـــنظر أو بالسمع الذي أدرك به المعلومات، ثم اختزنها في ذاكرته، أو حرر ذلك على ورقة بعد أن اختزنها أو مباشرة بعد إدراكها، أو حتى إدراك الرقم الكودي أو الرقم السري الذي يمكنه من الدخول للبرنامج والاطلاع على معلوماته.

ابـــتداءً نشـــير إلى أنه إذا كان النشاط الذهني الذي قام به الجاني يقوم مقام النشـــاط المادي، فإن ذلك يؤدي إلى تحقق الاختلاس أيضاً بحق من يقرأ أو يسمع معلومـــة أو بـــرنامجاً مـــن برامج الحاسب الآلي، وهذا يصطدم بعقبة أساسية في القانون الجنائي هي أن القانون الجنائي لا يعاقب على الأفكار والنوايا، إضافة إلى مـــا يتطلـــبه الإثـــبات باتجـــاه من استرق السمع أو اختلس النظر إلى برنامج أو معلومة، كيف نستطيع إثبات أنه حقيقة توصل علمه إلى البرنامج أو المعلومة؟

للإجابـــة علـــى ذلـــك، ومـــن أجل تخطي هذه العقبة، يمكن القول إن الجاني سيســـتخدم نشاطه الذهني للاستيلاء على البرنامج أو المعلومة، وذلك بما يقوم به من نشاط يمكنه من ذلك سواء بالسمع أو بالنظر أي بالمشاهدة للبرنامج من على شاشـــة الحاسب الآلي، وهذا الأمر يؤدي إلى أن من يقرأ برنامجاً أو معلومة على شاشـــة الحاســـب الآلـــي أو يســـمعها من خلال مكبر صوت أو يحفظها فإن فعل الاختلاس يتحقق بحقه، ولكن من أجل تخطي العقبات الأخرى، سواء ما تعلق منها بالإثـــبات، أو ما تعلق منها بما يثيره القانون الجنائي، فإن الاختلاس يتحقق، متى مـــا قام الشخص الذي التقط المعلومة بتدوينها أو تسجيلها على دعامة، أو نقلها إلـــى الغير عن طريق دعامة مادية، أو تثبيتها على دعامة ومن ثم عرضها للبيع،

لأن هـذا النشاط هو الذي يتحقق به الاختلاس، لأنه سينتج عنه انتقال المعلومات مـن ذمة مالية إلى أخرى[1] قد يكون ما تقدم من القول قد حل الإشكال الذي كما يبدو لأول وهلة، ولكن لم يحل كل الإشكالات، إذ أنه إذا كان قد حل الإشكال القائم باتجـاه نقـل المعلومة من ذمة إلى ذمة بنشاط ذهني قام به الجاني وأوصله إلى المعلومة سواء بالمشاهدة أم بالسماع، حيث تم اعتبار ما يقوم به من نشاط يؤدي إلـى وضـعها موضـع التنفـيذ كإذاعتها أو تثبيتها على دعامة، ومن ثم طرحها للـتداول يحقـق فعـل الاخـتلاس، أي أن صور النشاط التي تمثلت بالتدوين أو التسجيل أو النقل أو العرض للبيع بعد التثبيت على دعامة تمثل صوراً يتحقق فيها نقل المعلومة إلى ذمة شخص آخر.

ولكـن تـبقى المشـكلة بشأن احتفاظ المجني عليه بالمعلومة الأصلية، إذ أن اسـتيلاء الجاني على المعلومة لم يؤد إلى فقدان المجني عليه المعلومة، إذ ظلت نسخة منها تحت سيطرته فما هو يا ترى الحل لهذه الإشكالية؟

إن حـل هذه الإشكالية هو أنه إذا كان الشيء الذي يرد عليه الاختلاس شيئاً ماديـاً فإن إنقاص الذمة لا يكون إلا بخروج الشيء من ذمة المجني عليه ودخوله فـي ذمة الجاني، أما إذا كان الشيء غير مادي فإننا لا نكون بحاجة إلى مثل ذلك ونقـل الشـيء لأن الاختلاس ما هو إلا إنقاص لذمة المجني عليه، وإنقاص ذمة الأخير قد تمت بانتقاص قيمة المعلومات لأن صاحب البرنامج أو مالكه لم يعد هو الوحيد صاحب المعلومة على الرغم من أن أصل المعلومة لا زال بين يديه، إذ أن هـناك من يزاحمه في ذلك، فهو لم يبق صاحب الحق الوحيد في احتكار المعلومة واحـتكار استغلالها[2]، ولا شك في أن هذا الفعل يشكل إنقاصاً للذمة المالية للمالك الشـرعي للبرنامج، ويؤكد ذلك ما سبق أن بيناه بأن البرنامج منفصلاً عن دعامته المادية هو مال يمكن تملكه لما له من قيمة اقتصادية، إذ يمكن لمن يستولي عليه

(١) د.جميل عبد الباقي- المرجع السابق ص٦٨، د. علي عبد القادر القهوجي- المرجع السابق ص٦٥.
(٢) د. علي عبد القادر القهوجي- المرجع السابق ص٦٨ د. جميل عبد الباقي- المرجع السابق ص٦٨.

أن يبرم ما يشاء من العقود مع الغير، ومن ثم يمكن للجاني استغلال هذه المعلومات الأمر الذي يحرم صاحبها الشرعي من عائدها المادي، فصاحب البرنامج الشرعي كمن يملك نسخة وحيدة من كتاب فيقوم أحدهم بنسخ صورة منه، ففعل الحائز الأخير قد أنقص الذمة المالية لمالك النسخة الوحيدة للكتاب، إذ قلل من فرصته في البيع، حيث يستطيع أن ينافسه بنسخه الكتاب الموجود لديه بل ربما ينازعه في ملكيته للكتاب، وبذلك يستطيع الجاني عن طريق صور النشاط التي بيناها سابقاً والتي هي من باب التذكير (التدوين أو التسجيل أو النسخ أو النقل إلى الغير أو التثبيت على دعامة ثم طرحها للبيع..الخ) قد جعل صاحب البرنامج أو مالكه ليس هو صاحب الحق الوحيد في احتكاره إنما أصبح الجاني يشاركه في ذلك.

ومن كل ذلك نستنتج أن أحكام السرقة يمكن أن تنطبق على برامج الحاسب الآلي لتحقق الاختلاس إذا كان هناك التقاط للمعلومة المتعلق بها حق الغير مصحوباً بنشاط مادي لاحق أدى إلى نقل المعلومة من ذمة المجني عليه إلى ذمة الجاني بالشكل والكيفية التي بيناها، وهذا يفيد بأن عدم قيام الشخص الذي يلتقط البرنامج أو المعلومة بمثل ذلك النشاط، كما لو أنه احتفظ بالمعلومة التي التقطها دون أن يتولى تدوينها أو تسجيلها على دعامة..الخ من صور النشاط الأخرى، يعفيه من العقاب، وتعليل ذلك بسيط إذ لم تظهر الفكرة أو البرنامج الذي تحصل عليه بصورة غير مشروعة إلى الوجود، فالنية للاستغلال غير المشروع للبرنامج غير موجودة، إذ لا بد لوجودها من مظهر خارجي يؤيد ذلك، وهو في نطاق برامج الحاسب الآلي صورة من صور النشاط التي نوهنا عنها.

أما إن اقتصر عمل الجاني على مجرد اختراق نظام الحاسب الآلي بقصد الحصول على معلومات، فيجب التفريق بين: الاختراق المتعمد، وغير المتعمد الذي يمكن أن يقع به الشخص، ويشكل عدم خروج الشخص بعد حصول الاختراق

دليلاً على تعمده الاختراق، وهذه الصورة إن كانت تقترب من صورة الشروع بالجريمة، إلا أن المشرع الفرنسي قد عالج هذا الأمر بشكل مستقل وجعل من مجرد اختراق نظام الحاسب الآلي جريمة مستقلة. ويبدو لنا هو الأقرب للصواب لإمكان تحقق الاختراق عن طريق الخطأ والمعلوم أن الشروع لا يكون إلا في الجرائم العمدية بالإضافة إلى أن المشرع لا يعرف جريمة سرقة ترتكب عن طريق الخطأ، أي بعبارة أخرى لا تعرف التشريعات جريمة سرقة غير عمدية مما يستوجب علاج مثل هذه الحالة بنص مستقل كما هو الأمر عند المشرع الفرنسي.

خاتمة البحث

بعد هذا العرض لا بد أن نبين أن الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة متأتية من أننا حاولنا إضفاء الحماية الجنائية على برامج الحاسب الآلي من خلال تطبيق النصوص التقليدية، وذلك بسبب عدم وجود نصوص خاصة تنظم الاعتداءات التي تنال من تلك البرامج بسبب حداثة هذا المجال، وعدم اللجوء إليه -في البلدان العربية- إلا في وقت قريب، لذلك فإن الحماية الجنائية التي حاولنا أن نضفيها على برامج الحاسب الآلي من خلال نصوص جريمة السرقة ليست هي الحل الشافي، إنما هو أضعف الحلول، إذ أن جرائم الحاسب الآلي بسبب من حداثتها -على الأقل في البلدان النامية والبلدان العربية منها طبعاً-، وعدم تحديد معالمها تتطلب تدخلاً تشريعياً يرسم معالم تلك الجرائم، ويحدد عناصرها وأسسها وجميع ما يتعلق بها من أحكام، ولعدم وجود مثل ذلك كان السعي من أجل تطويع النصوص القانونية لجريمة السرقة، وبالمقابل تطويع برامج الحاسب الآلي للخضوع لتلك النصوص.

وقد ألزمنا البحث التطرق لمكونات الحاسب الآلي لتحديد موقع المشكلة، وبعد أن بينا مكوناته تم التركيز على كيانه المعنوي، إذ هو جوهر المشكلة في بحثنا، وقد حاولنا إضفاء صفة المال على برامج الحاسب الآلي في ضوء ما تتطلبه جريمة السرقة التي لا تقع إلا على مال منقول مملوك للغير، لذلك كانت الحاجة لبيان مدى ثبوت صفة المال لبرامج الحاسب الآلي على الصعيدين الفقهي والتشريعي، وبعد أن ناقشنا الاتجاه الذي ينكر على تلك البرامج صفة المال، حاولنا إثبات تلك الصفة من خلال التعرض إلى طبيعة البرامج التي ثبت أنها ذات طبيعة ذهنية، ومن ثم تعرضنا للنتائج التي تترتب على تلك الطبيعة.

وبعد أن أثبتنا صفة المال لبرامج الحاسب الآلي، حاولنا تطويع تلك البرامج لمضمون فعل الاختلاس الذي تقوم عليه جريمة السرقة، وقد تطلب منا هذا الأمر

بـيان مدلـول الاختلاس وفقاً للنظريتين التقليدية والحديثة، الأمر الذي من خلاله حاولـنا بـيان مدى خضوع الأموال غير المادية لفعل الاختلاس. فتعرضنا لموقف التشريعات من سرقة الطاقة الكهربائية وموقف الفقه في البلدان التي لا توجد في تشريعاتها نصوص خاصة تعالج تلك المسألة، وثبتنا تأييدنا للاتجاه الذي يقبل بمد أحكـام سـرقة الطاقة الكهربائية إلى نطاق برامج الحاسب الآلي، بعد أن اعترفنا للأخـيرة بصـفة الطاقة، ومن ثم عالجنا جميع المشاكل التي أثارتها تلك الأفكار، وخاصـة الرأي القائل بأن خضوع برامج الحاسب الآلي لأحكام السرقة فيه خروج علـى مـبدأ الشـرعية، حيـث أثبتنا، وبمسوغات قانونية، أن هذا الأمر لا يشكل خروجاً بل إعمالاً لذلك المبدأ.

وفـي نطـاق معالجتنا للمشاكل التي يثيرها مضمون الاختلاس باتجاه برامج الحاسـب الآلي، وبالذات ما يقتضيه الاختلاس من نزع الشيء أو المال وإنشاء حـيازة جديـدة ومـا يثيره هذا الأمر، وبشكل خاص عدم انتزاع الجاني للبرامج والمعلومـات التـي اسـتولى علـيها من صاحبها الشرعي إذ أنها ظلت في ذمة صاحبها دون انتقاص من محتواها كما هو ظاهر لأول وهلة، وقد قدمنا الحل لهذه المشكلة من خلال بيان أن طبيعة الشيء أو المال هي التي تحدد وسيلة الاستيلاء عليه وكيفية إنقاص الذمة، فإذا كان إنقاص الذمة بالنسبة للشيء المادي لا يكون إلا بخـروج الشيء من ذمة المجني عليه، فإن إنقاص الذمة بالنسبة للشيء غير المـادي إن كـان لا يتحقق بهذا الشكل، فهو يتحقق بإنقاص قيمة المعلومات لأن المـالك الشرعي للبرنامج لم يعد صاحب المعلومة الوحيد، إذ أن هناك من يزاحمه فيها سواء في استغلالها أو ربما حتى في ملكيتها.

ونسأل الله أن نكون قد وفقنا في تقديم شيء

قائمة المراجع :

١. د. أحمد فتحي سرور – الوسيط في شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – القاهرة – الطبعة الثالثة ١٩٩٢.

٢. د. جميل عبد الباقي الصغير – القانون الجنائي والتكنلوجيا الحديثة – الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي – دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢

٣. جندي عبد الملك – الموسوعة الجنائية – الجزء الرابع – الطبعة الأولى ١٩٣٦

٤. د. حسن صادق المرصفاوي – المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص – منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩١

٥. د. حسن كيرة – المدخل إلى القانون – الطبعة الخامسة ١٩٧٤

٦. د. رؤوف عبيد – جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال – الطبعة العاشرة ١٩٨٥

٧. د. سعد محمد الهجرس – المكتبات وبنوك المعلومات – البيت العربي للمعلومات ١٩٨٥

٨. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثامن – دار إحياء التراث العربي- بيروت – ١٩٥٢.

٩. د. عبد الرشيد مأمون شديد –الحق الأدبي للمؤلف – النظرية العامة وتطبيقاتها – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨٨.

١٠. د. عبد المهيمن بكر – القسم الخاص في قانون العقوبات – جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال – ١٩٧٠.

١١. د. علي عبد القادر القهوجي – الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي – دار الجامعة الجديدة ١٩٩٧

١٢ د.عمــر الفاروق الحسيني – المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية – الطبعة الثانية ١٩٩٥

١٣. د. عمــر محمــد زرتــي أساسيات الحاسوب والبرمجة ط/ الثانية منشورات ELGA– ١٩٩٩

١٤. د. فوزية عبد الستار شرح قانون العقوبات –القسم الخاص– القاهرة١٩٨٣.

١٥. د. كــامل الســعيد – شرح قانون العقوبات الأردني – الجرائم الواقعة على الأموال – مكتبة دار الثقافة – عمان ط/ الثانية ١٩٩٣.

١٦. د. محسن عبد الحميد البيه – شرح القانون المدني المصري – الجزء الأول – نظرية الحق ١٩٨٥.

١٧. د. محمد حسام مصطفى –الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني– دار الثقافة للطباعة والنشر – القاهرة ١٩٨٧

١٨. محمــد حماد مرهج – ضمانات المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد – ١٩٨٦.

١٩. د. محمــد رمضان بارة – قانون العقوبات الليبي – القسم الخاص – الجزء الثاني – جرائم الاعتداء على الأموال ط/ الثانية ١٩٩٢

٢٠. د. محمــد سعيد خشبه – نظم المعلومات – المفاهيم والتكنلوجيا– ١٩٩٠– في الكومبيوتر ولغة بيسك مكتبة عين شمس – القاهرة – ١٩٨٨

٢١. د. محمد صبحي نجم – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – ١٩٩٥.

٢٢. د. محمد فتحي عبد الهادي مقدمة في علم المعلومات – مكتب غريب لطباعة – القارة ١٩٨٤.

٢٣. د. محمــود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – ط/ الثانية ١٩٨٤.

٢٤. د. محمــود نجيــب حسني – شرح قانون العقوبات القسم الخاص – القاهرة ١٩٨٦.

٢٥. د. هــدى حــامد قشــقوش – جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن دار النهضة العربية –القاهرة – ١٩٩٢.

مفهوم المال العام ونظم حمايته في الشريعة الإسلامية

د. علي عبد اللّه صفو الدليمي*

ملخص البحث:

بدأنا البحث بتمهيد حول ما يحظى به موضوع المال من أهمية كبيرة لارتباطه الدقيق بكيان الدولة الاقتصادي، وقد قسمنا البحث إلى مبحثين، تناولنا في الأول عن ممفهوم المال العام وأنواعه وضوابطه، وقد طرحنا في المطلب الأول: مفهوم المال العام في الشريعة الإسلامية، وقد بدأنا بمفهوم المال الخاص بتحديد ما يعد ملاً وفقاً للأحكام الشرعية وينقسم المال إلى متقوم وغير متقوم، ثم عرضنا إلى مفهوم المال العام عند الفقهاء وأوضحنا مابينهم من فروع في التعريف. وقد تناولنا في المطلب الثاني عن أنواع الأموال العامة في الشريعة الإسلامية، وفي المطلب الثالث عرضنا لضوابط تمييز أموال الدولة العامة من أموالها الخاصة في الشريعة الإسلامية. أما المبحث الثاني فقد جاء عن نظم حماية المال العام في الشريعة الإسلامية، وقدمنا له بمقدمة حول النظم الرقابية سواءٌ في عهد رسول الله ﷺ أو عهد الخلفاء الراشدون من بعده والدولتين الأموية والعباسية مع إبراز نظم حماية المال العام في الدولة الإسلامية كنظام الحسبة وولاية المظالم.

*جامعة الموصل- كلية القانون- العراق.

تمهيد:

يحظـى موضـوع المال العام بأهمية كبيرة ترتبط بالدور الكبير الذي يقوم به فـي تحقـيق المصلحة العامة، وذلك لارتباطه الوثيق بكيان الدولة الاقتصادي. إذ تنقسـم الأموال إلى أقسام عديدة، فهي تقسم إلى أموال ثابتة ومنقولة بالنظر إلى طبيعـتها، والـى أمـوال مملوكة وموقوفة ومباحة بالنظر إلى تعلق الحقوق بها، والـى أمـوال خاصة وعامة بالنظر إلى مالكها، فضلاً عن تقسيمات أخرى، وما يهمـنا من هذه التقسيمات هو تقسيم الأموال إلى عامة وخاصة بالنظر إلى مالكها وعلـى الأخـص منها المال العام لأنه موضوع بحثنا، إذ تنقسم أموال الدولة إلى نوعيـن، فمـنها مـا يكون مخصصاً للنفع العام وهي الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة التي تخصص للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون ويطلـق علـيها في لغة القانون الأموال العامة للدولة (الدومين العام)، ومنها ما يكـون مملوكاً لدولة أو للأشخاص المعنوية العامة بغرض استغلالها واستثمارها لإنماء موارد الدولة ويطلق عليها الأموال الخاصة للدولة (الدومين الخاص).

ويترتـب علـى هـذا التمييز بين الأنواع المختلفة للأموال الاختلاف في نظم الحماية التي يخضع لها كل نوع، إذ تخضع الأموال العامة لنظام حماية أكثر شدة مـن الـنظام الذي تخضع له أموال الأفراد الخاصة، إذ لا يجوز التصرف بالأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

وعلى الرغم من تعدد مفردات الملكية الجماعية في الشريعة الإسلامية وسعة ودقـة هذا المضمون، فان الشريعة قد عرفت التقسيم السابق للأموال ورتبت على هـذا الاخـتلاف فـي أنـواع المـال اختلافاً في نظم الحماية التي توفر لكل نوع والاخـتلاف في تكييف الجرائم التي تقع اعتداء على كل نوع، وذلك لأن الشريعة الإسـلامية شـريعة متكاملة جاءت وافية بحاجات الناس في شتى مجالات الحياة،

فهـي تتضـمن مـنهاجاً كـاملاً للحياة البشرية تصلح أحكامه لكل زمان ومكان، وللأهمـية المـتقدمة للمـال العام وضرورة تنظيم الحماية الكافية له، فقد قسمت بحثي هذا إلى مبحثين وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم المال العام وأنواعه وضوابطه.

المبحث الثاني: نظم حماية المال العام في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول
مفهوم المال العام وأنواعه وضوابطه

ينقسـم المال بالنظر إلى مالكه إلى مال خاص ومال عام ويخضع كل نوع من هـذه الأنواع لأحكام ونظام حماية مختلفة عن النظام الذي يخضع له النوع الآخر، لذلـك كان لابد من تحديد مفهوم المال العام بشكل دقيق، لذلك قسمنا هذا المبحث إلـى ثلاثـة مطالـب، يبحث أولها في مفهوم المال العام في الشريعة الإسلامية، ويبحـث ثانـيهما في أنواع المال العام في الشريعة الإسلامية، ويبحث ثالثهما في ضوابط التمييز بين المال العام والمال الخاص المملوك للدولة.

المطلب الأول
مفهوم المال العام في الشريعة الإسلامية

لكـي يمكنـنا فهم المال العام في الشريعة الإسلامية، علينا ان نوضح مفهوم المال الخاص في البدء وبتحديدنا لمفهوم الملكية الخاصة والعامة سوف يكون من اليسير التمييز بينهما.

أولاً: مفهوم المال الخاص

لبيان مفهوم المال الخاص في الشريعة الإسلامية، لابد من التعرف أولا على تعريف المال وتحديد ما يعد مالاً وفقاً لأحكام الشريعة.

فقد عرف الفقهاء المال بتعاريف عديدة اختلفت في ألفاظها وتقاربت في معانيها، لأن الشارع لم يحدد له معنى خاصاً كما حدد معاني غيره من الألفاظ كالزكاة. فلفظ المال يطلق شرعاً على (كل ما يمكن أن يتملكه الإنسان وينتفع به بشكل ما على الوجه المعتاد)[١]،

ويطلق على (كل ما له قيمة يباع بها وإن قلت، ويلزم متلفه بها)[٢]، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية المال بأنه: ((ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة))[٣].

والأشياء التي ينتفع بها الإنسان على ثلاثة أنواع: ١. الأعيان: وهي الأشياء المادية التي لها مادة. ٢. المنافع: وهي الفائدة المرجوة من الأعيان. ٣. الحقوق: وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع، وقد تكون متعلقة بمال كحق الشرب، وقد لا تكون متعلقة بمال كحق الزوج على زوجته[٤].

وقد اتفق الفقهاء على عد الأعيان من الأموال إذا أمكن حيازتها والانتفاع بها، واتفقوا على عدم عد الحقوق المتعلقة بغير المال من الأموال، في حين اختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال، والمنافع[٥]، ويذهب جمهور الفقهاء إلى عدِّها

---

(١) محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، ج٤، المطبعة الميمنية، القاهرة، ب.ت، ص٣.
(٢) جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ب.ت، ص٣٥٤.
(٣) المادة (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية، تصحيح الشيخ يوسف الأسير، ط٣، مطبعة الآداب، بيروت، ب.ت.
(٤) محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩، ص٣٣١.
(٥) المرجع السابق، ص٣٣٢.

مـــن الأموال، لأن كل ما له قيمة مالية في عرف الناس يعد مالاً، لذلك هو يشمل الأعيان والمنافع والحقوق المتعلقة بالمال[1].

والشـــارع الإســـلامي لا يـــرى كل مال صالحاً للانتفاع به، وإنما يقسم المال بحسب صلاحيته للانتفاع به وعدم صلاحيته إلى مال متقوم وغير متقوم.

١. **المال المتقوم**: هو كل ما له قيمة ويضمنها متلفه عند اعتدائه عليه، وهو لا يعد كذلك إلا إذا تحقق فيه شرطان:

أ. الإحـــراز، فالســـمك في الماء لا يعد مالاً متقوماً لعدم حيازته، فإذا ما تم اصطياده عُدَّ مالاً متقوماً.

ب. إمكان الانتفاع به، وذلك بان يجيز الشارع الانتفاع به على وجه ما حالة الســـعة والاختـــيار[2]. وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى ذلك بقولها: ((المـــال المـــتقوم يستعمل في معنيين: الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به، والثانـــي بمعنى المال المحرز، فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز))[3].

٢. **المال غير المتقوم**: وهـــو المال الذي لم يتحقق فيه أحد الشرطين السابقين، فالميـــتة والخـــنزير والـــدم والخمر لا يدخل شيء منها في مسمى المال شرعاً، لأن وجه الانتفاع بها غير معتد به في حكم الشريعة الإسلامية[4]،

---

(١) محمـــد يوســـف موسى، الأموال ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط١ ، ب.م، ١٩٥٢، ص١٦٢ وما بعدها.

(٢) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٤، ص٦ ؛ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص١٤.

(٣) المادة (١٢٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) د.بـــدران أبـــو العينيـــن بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ب.ت، ص٢٨٧.
ويقـــول الشـــيخ علي الخفيف إن ما لا يتناوله اسم المال من الأعيان هو ما لا يصلح أن يكون محلاً للملك، كالميتة والخمر(للمسلمين بخاصة)، وكذلك كل ما يحرم الشارع تملكه والانتفاع به، وكل ما لا ينطبق عليه تعريف المال كالشمس والقمر والنجوم ونحوها.
الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٦٩، ص٥٠.=

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾[1].

والآيات المتضمنة لفظ مال كثيرة منها قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا﴾[4]، وقوله تعالى:﴿وفي أموالهم حق للسائل والمحروم﴾[5]، وقوله تعالى:﴿الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله ثم لا يتبعون ما أنفقوا منا ولا أذى﴾[6].

ويقسم المال باعتبار مالكه إلى مال خاص ومال عام، والأموال الخاصة هي الأموال التي تدخل في الملك الفردي، فتكون ملكاً لشخص أو أكثر لا يشاركهم فيها أحد، ولا تكون مشاعة بين العامة ولا تكون مباحة لهم لا رقبة ولا منفعة[7]، فتبعاً

= كما ذهب الإمام القرافي إلى القول إن من الأعيان والمنافع ما لا يقبل الملك وإن ذلك يرجع إما لعدم اشتماله على منفعة كالخشاش (هوام الأرض)، لأن الأذن بتملكه عبث، أو لاشتماله على منفعة محرمة كالخمر (للمسلم بخاصة عند فريق من الفقهاء، ومطلقا عند الآخرين).
الإمام القرافي، الفروق، ط١، ج٣، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٩٤٧، ص٢٣٦-٢٣٨ .
غير إن ثمة استثناء من هذه القاعدة، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تعامل المسلم مع غيره من أهل الكتاب فلا يجوز له أن يتلف أياً من هذه الأموال إذا ما امتلكها ذمي، أو أن يغتصبها منه، وإذا أتلفها فهو ضامن حماية لحق الذمي، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، أما الشافعية والحنابلة، فقالوا بحرمة اغتصاب هذه الأموال من الذمي، وبوجوب ردها إن كان المال موجودا، لكنهم لم يضمنوا القيمة عند التلف.
انظر. أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، الهداية شرح بداية المنتهى، ج٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ب.ت، ص٢١ .
الإمامان موفق الدين ابن قدامة، وشمس الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢، ص٤٤٢ - ٤٤٣، الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ج٢، المطبعة السلفية، ب.ت، ص٢٣٢ .

(١) سورة المائدة، الآية ﴿٣﴾.
(٢) سورة البقرة، الآية ﴿١٨٨﴾.
(٣) سورة التوبة، الآية ﴿١٠٣﴾.
(٤) سورة الكهف، الآية ﴿٤٦﴾.
(٥) سورة الذاريات، الآية ﴿١٩﴾.
(٦) سورة البقرة، الآية ﴿٢٦٢﴾.
(٧) د.بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص ٢٩٦ - ٢٩٧ .

لورود الحق المالي على شيء خاص أو عام يوصف ذلك الحق بأنه مال خاص أو عام.

وأن صفة المال إنما تثبت للشيء بتمول الناس له واتخاذهم إياه مالاً يتعاملون به، فان كان التعامل به مباح شرعاً كان مالاً متقوماً، وإلا كان غير متقوم وإن عده الناس مالاً.

تعريف الملك وعلاقته بالمال:

عرف الفقهاء الملك بتعريفات عديدة[1] اتفقت في مدلولاتها، وجاءت في عمومها دالة على الاستئثار والاستبداد بما يتعلق به الملك من الأشياء، واختلفت في مبانيها، الا أن هذه التعريفات وان اختلفت عباراتها الا انها تهدف إلى معنى واحد وهوان الملك أو الملكية هو العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان والمال، وجعله خاصاً به فيتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً، وفي الحدود التي بينها الشارع[2].

ومن أوجز تعريفات الملك ما أورده الأستاذ الزرقا إذ عرفه بأنه: (اختصاص حاجز شرعاً يسوغ لصاحب التصرف إلا لمانع) [3]، ويقول: (والمراد بكونه حاجزاً أنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن المالك. وأما المانع الذي يمنع المالك نفسه عن التصرف فيشمل حالتين:

(١) من التعريفات التي أوردها الفقهاء للملك ما يأتي:
١. الملك هو (القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة).
أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩١، ص١٧٨.
٢. وعرفه القرافي بأنه (حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك).
القرافي، المرجع السابق، ج٣، ص٢٠٨ – ٢٠٩ .

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص٧١ – ٧٢ .

(٣) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط٩، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٨، ص٢٤٠ .

١. نقص الأهلية، كما في الصغير، اذ يتصرف عنه وليه.

٢. حق الغير، كما في المال المشترك والمال المرهون، اذ يتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم.

فوجود هذا المانع لا ينافي الملك لأنه عارض، وهذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية، من ملكية الأعيان أو المنافع أو الديون)[١].

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الملك بقولها: ((الملك هو ما يملكه الإنسان و يستطيع التصرف فيه على وجه الاختصاص))[٢]. ويظهر مما تقدم الصلة بين المال والملك، فالمال هو محل الملك، والمعتبر في مالية الأشياء إمكان تملكها بالأصل ما لم يعرض لها عارض.

ولما كان الله تعالى خالق الأشياء والكائنات ويدخل كل شيء في ملكه ويخضع الجميع لسلطانه وقدرته[٣]، فأنه مالك لكل شيء، فهو المالك الحقيقي لهذا الكون، قال تعالى: ﴿تبارك الذي له ملك السموات والأرض وما بينهما﴾[٤]، وقال تعالى: ﴿لله ملك السموات والأرض وما فيهن﴾[٥]، وقد استخلف الله تعالى الإنسان في الأرض وسخر له ما فيها، قال تعالى: ﴿هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها﴾ [٦]، وقال تعالى: ﴿وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة﴾[٧]، وفي شأن المال يذكر الشارع ذلك الاستخلاف صراحة، قال تعالى:﴿ آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه﴾[٨].

---

(١) المرجع نفسه، ص٢٤١ .
(٢) المادة ١٢٥ من مجلة الأحكام العدلية .
(٣) الإمام أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج٢، ط١، دار الأندلس،بيروت، ١٩٦٦، ص٦٩٠ – ٦٩١ .
(٤) سورة الزخرف، الآية ﴿٨٥﴾ .
(٥) سورة المائدة ، الآية ﴿١٢٠﴾ .
(٦) سورة هود، الآية ﴿٦١﴾.
(٧) سورة البقرة، الآية ﴿٣٠﴾ .
(٨) سورة الحديد، الآية ﴿٧﴾.

يتبيـــن مما تقدم أن الولاية العامة التي هي للناس على المال إنما هي خلافة عــن مـــالك الســماوات والأرض، وقــد أقــر الإســـلام الملكية بنوعيها الفردية والجماعيـــة[1]، فقد عرفت الشريعة الإسلامية الملكية الفردية وقررت لها الحماية والـــرعاية الضروريتين، لأنها حق للإنسان، وان الغريزة الإنسانية قد فطرت على حـــب الـــتملك، وجـــاء الإســـلام ليشد من أزر هذه الفطرة بما يتوافق مع حدود الشرع[2]، فنظمها تنظيماً عادلاً يحقق مصلحة الناس جميعاً.

وقـــد عرفـــت الملكية الخاصة بأنها: (ما كانت لصاحب خاص، واحداً كان أو متعدداً له الاستئثار بمنافعها والتصرف في محلها)[3].

وقـــد ورد الإقـــرار بالملكية الفردية في آيات عديدة منها قوله تعالى: ﴿أولم يـــروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاماً فهم لها مالكون﴾[4]، وقولـــــه تعالى: ﴿ويمددكـــم بـــأموال وبنين ويجعل لكم جنات﴾ [5]، وقوله تعالى: ﴿لن تغنى عنهم أموالهـــم ولا أولادهـــم من الله شيئاً﴾ [6]، كما أقر الرسول ﷺ الملكية الفردية قولاً وعمـــلاً، فمـــن أقواله عليه الصلاة والسلام: ((كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه))[7]، ومن أفعاله توزيعه للغنائم وإقطاعه للأراضي.

فالإســـلام قـــد أقـــر الملكية الفردية في المنقول والعقار فيما لم يرد فيه نص يحـــرمه، أو يســـتثنيه من الملكية الفردية لتعلقه بالمصلحة العامة[8] ، وأخضعها

---

(١) الشيخ علي الخفيف، الملكية، المرجع السابق، ص٤٧،٤٢.
(٢) د.محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ط٥، مكتبة الفارابي، دمشق، ١٩٩٤، ص٣٤ –٣٥ .
(٣) د.حمـــد العـــبد الرحمن الجنيدل، نظرية التملك في الإسلام، ط٢، مؤسسة الرسالة، بـــيروت،١٩٨٣، ص١٩.
(٤) سورة يس، الآية ﴿٧١﴾ .
(٨) سورة نوح، الآية ﴿١٢﴾ .
(٦) سورة آل عمران، الآية ﴿١٠﴾ .
(٧) الإمـــام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ب.ت.، ص١٨ .
(٨) د.محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، ط١، دار بور سعيد للطباعة، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٢٠٠ .

للقيود التي تضمنها من أجل تحقيق المصلحة الجماعية، ففرضت الشريعة على المالك واجبات وتكاليف يجب عليه احترامها والالتزام بها، ويحق لولي الأمر أن يتدخل لكي يجعل المالك يذعن لهذه الواجبات إذا لم يقم بها وفقاً لما نصت عليه الشريعة الإسلامية(١)، وهو ينظر إلى الملكية من وجهتين، بعدها حقاً لصاحبها، وبعدها وظيفة اجتماعية(٢)، فهو قد أقر الملكية الخاصة ولكنه وضعها في قالب النفع الاجتماعي.

ثانياً: مفهوم المال العام

عرف المال العام بأنه: ((كل مال ثبتت عليه اليد في بلاد المسلمين، ولم يتعين مالكه بل هو للمسلمين جميعاً))(٣)، كما عرف بأنه: ((المال الذي لا يدخل في الملك الفردي، إنما هو لمصلحة العموم ومنافعهم))(٤)، فالإسلام كما أقر الملكية الفردية ووظفها لخدمة المجتمع ومنفعته، فأنه أقر أيضاً الملكية الجماعية وأعترف بها بالنسبة إلى الأشياء المشتركة التي تستدعيها حاجة الأمة(٥)، فقد جعل ملكية بعض الأشياء الأساسية عامة، لأن الأمة تحتاج إليها، فهناك أموال لا تخضع للملكية الخاصة بل تكون مملوكة ملكية جماعية، وهذه الأموال تتعلق بمصالح الناس جميعهم، لذلك عدت ملكاً للمجتمع، ينتفع بها الجميع دون أن تخضع لسيطرة فرد معين. وتشمل كل ما يدخل في ملك الناس بعامة أو جمعٍ منهم دون تخصيص، وما دخل في ملك الدولة بصفتها راعية لمصالح الناس، وقد

(١) د.عوف محمود الكفراوي، سياسة الأنفاق العام في الإسلام وفي الفكر المالي الحديث، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص١٩٦ ؛ محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط ٢، دار القلم، القاهرة، ١٩٦٤، ص٢٧٩ .
(٢) الشيخ علي الخفيف، الملكية، المرجع السابق، ص٤٥ .
(٣) د.محمد عبد الغفار الشريف، زكاة المال العام، مجلة الحقوق الكويتية، العدد ٤، السنة ٢٢، ١٩٩٨، ص٢١٠ .
(٤) د.بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص٢٩٧ .
(٥) د.محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص٢٩٧ .

ينـــتفع الأفـــراد مباشـــرة بهذه الملكية، كما أنها تكون في متناول الدولة لتستغل لمصلحة مجموع الأمة[1].

وعُرفــت الملكية العامة بأنها: "ما كانت لمجموع أفراد الأمة، أو لجماعة من الجماعـــات التي منها الأمة بوصف أنها جماعة، كالأنهار والطرق وأفنية المدن والحصـــون"[2]، كما عرفت بأنها: "ما لم تتبين فيها أسباب تملك فرد واحد لها من دون سائر الناس فتكون عندئذ مملوكة للناس جميعاً، يشتركون معاً في استغلالها والاستفادة منها"[3] .

ويتبيـــن ممـــا تقدم أن الملكية العامة في نظر الإسلام تتمثل بما يكون الأفراد مشـــتركين فـــيه، لا بمعـــنى أنـــه ما يكون لهيئة بوصف أنها هيئة لها شخصية اعتـــبارية خاصة ولها ملك هذا المال وحقوقه، فالشريعة الإسلامية قد أقرت مبدأ المســـاواة بيـــن الناس في الانتفاع بالأموال العامة، فيكون الانتفاع بآثارها لجميع أفراد الأمة أو لجماعة من الجماعات التي تتكون منها، على أن يكون انتفاع الفرد بهـــا بصـــورة غـــير محـــدودة، لكـــن بعدِّه فرداً من الجماعة، دون أن يكون له اختصـــاص أو حظ محدود لا يتجاوزه، بحيث لايكون انتفاع أحد الأفراد مانعاً من انتفاع الآخر[4].

وذهـــب الـــبعض إلـــى أن الملـــك العـــام لا يـــندرج في حق الملكية بمعناه الاصطلاحي، فللأفراد حق في الملك العام إلا انه ليس من قبيل الملك، إنما هو من الحقـــوق العامـــة التي تتضمن الانتفاع الشخصي، لذلك فأن الفقهاء قد ذهبوا إلى اشـــتراك الـــناس شركة إباحة فيما يندرج فيه، ويصرحون بنفي الملكية عنه، ولا يوجـــد في أقوالهم ما يدل على عد الدولة مالكة للأشياء العامة أو المرافق العامة،

(١) محمـــد صـــبري بن أوانج، الخصخصة، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٠، ص٣٨ .
(٢) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٧٣ .
(٣) د. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص٣٦ .
(٤) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٧٤ -٧٦ .

بخلاف ملكية الدولة للأموال الخاصة المُسلم بها، ويمكن عد الأشياء العامة مملوكة للدولة، وان للأفراد فيها حق الانتفاع. إذ لا يوجد خلاف يذكر بين ما تقدم من نفي الملكية، وبين القول بعدِّها من أملاك الدولة العامة، فالذين نفوا الملكية عنها أرادوا نفي الملكية الخاصة، وهذا لا يمنع عدها من أملاك الدولة العامة التي ينتفع بها الأفراد بحكم تخصيصها المباشر على سبيل إباحة الانتفاع[1].

تمييز الملكية الفردية من الملكية العامة :

يذهب كثير من الباحثين إلى انتهاج المنهج الذي يتبعه أصحاب بعض المذاهب الاقتصادية المعاصرة في التفريق بين الملكية الفردية والملكية العامة، فيقررون ان كل ما كانت حاجة المجتمع إليه ماسة فملكيته عامة، وتشرف الدولة على إدارته وحفظه، وكل ما لا تكون الحاجة الاجتماعية إليه ماسة تبقى ملكيته خاصة بالأفراد. إلا أن هذا المعيار في التفريق بين الملكية الفردية والملكية العامة غير معروف في الفقه الإسلامي، لأنه معيار اعتباري لا يدعمه منطق، لأن حاجة المجتمع إلى شيء ما لا تستقل عن حاجة الفرد إليه، بل إن المجتمع لم تصبح حاجته ماسة إلى هذا الشيء إلا لشدة احتياج أفراده إليه، وهل المجتمع إلا الفرد المتكرر[2].

ويذهب الدكتور البوطي إلى ان المعيار الذي ينهض عليه قانون التفريق بين الملكية الفردية والملكية العامة في الشريعة الإسلامية يتلخص في ان عموم ما يسمى مالاً في الاصطلاح الإسلامي ينقسم إلى قسمين:

الأول: يتمثل بكل ما تتحقق صفة المال فيه من طريق عمل يقوم به الإنسان، أي أن الإنسان يبذل فيه جهداً وصنعة ليجعله قابلاً للانتفاع به وله قيمة، كالصناعة والزراعة، وهذه الأموال تكون ملكيتها فردية، لأنه لم يصبح لها قيمة

(١) د. سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، ط١، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ١٩٧٦، ص٦٥، ٩٠، ٧٢٩ .
(٢) د.محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص٣٦ .

الا بجهـــود الأيـــدي التـــي عملت فيها، لذلك فمن الظلم المساواة بين الجميع في استحقاق تملك هذه الأموال دون تفريق.

الثانـــي: يتمثل بالأموال التي لم تتدخل فيها يد الصنعة البشرية، وإنما هي في أصل تكوينها الإلهي تعد من الأموال التي ينتفع بها ولها قيمة مالية، وإذا كان من جهــد للإنســـان فيها فانه لا يزيد على التطوير أو التحسين، وهذه الأموال تكون ملكيتها عامة، يتساوى الناس جميعاً في حق الانتفاع بها وحق امتلاكهم لها[1].

والقـــول الـــذي تضمنه القسم الثاني من التقسيم لا يصح على إطلاقه، إذ أن الأشـــياء التـــي هي في أصل تكوينها الإلهي تعد من الأموال التي ينتفع بها ولها قـــيمة مالية، تكون لها صفة المال، فما أحرز منها كان لمن أحرزه بشروطه، وما لم يحرز منها تكون ملكيته عامة يباح انتفاع الكافة به.

في حين ينظر البعض[2] إلى حق التملك معياراً للتفرقة بين الملك العام والملك الخـــاص، فيرى أن حق التملك مقترن بالاختيار، فلا يدخل في ملك الإنسان شيء بغـــير اختـــياره إلا فـــي حـــالات معينة (كالإرث والوصية للجنين وحالات أخرى غـــيرها)، واختـــيار ثبوت الملك (أي اكتسابه) يتطلب تحقق سبب لذلك، فكل مال تعلـــق بـــه سبب من أسباب التملك الخاص، كالإحراز وإحياء الموات والتولد من المملـــوك والشراء والهبة والميراث فهو ملك خاص أو ملكية فردية، وكل مال لم يتعلق به سبب من أسباب التملك الخاص فهو ملك عام.

---

(١) المرجع نفسه، ص٣٧ .
(٢) د.سعيد أمجد الزهاوي، المرجع السابق، ص٧٣ وما بعدها .

المطلب الثاني

أنواع الأموال العامة في الشريعة الإسلامية

تتعدد عناصر الملكية الجماعية وفقاً للشرع الإسلامي على النحو الآتي:

١. الأموال التي أعدت لحفظ البلاد والحدود، كالقلاع والحصون والمرافئ، أو أعدت للنفع العام كالطرق العامة والقناطر والجسور، ويصرح الفقهاء باشتراك الناس في المرافق العامة، كالطريق العام ونحوه، ويقولون أنه حق مشترك بين العامة[١]، ولكنهم ينفون الملكية عنه، ويرون أنه ليس لأحد فيه ملك[٢]، فهذه الأموال لا تقبل التمليك مطلقاً، ما دامت مخصصة للنفع العام، فإذا زالت عنها تلك الصفة وتغير وصفها بأن صارت شيئاً آخر، أو أخرجت عما كانت أعدت له، تغير حكمها تبعاً لذلك، وعادت إلى حالها الأصلية وهي قابليتها للتملك[٣]، وقد ورد ذكر هذه الأموال في المادتين (٩،١٠) من مرشد الحيران، إذ جاء في المادة (٩): ((الاستحكامات والمرافئ وغيرها من المحلات المعدة لحفظ الحدود والثغور لا تملك لأحد))، وجاء في المادة (١٠): ((القناطر والطرق النافذة والشوارع العامة التي ليست بملك لمعين لا يجوز لأحد أن يختص بها، ولا أن يمنع غيره من الانتفاع بها، بل تبقى لمنفعة العامة))[٤].

---

(١) الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط١، المطبعة الجمالية بمصر، ١٩١٠، ص١٩٢ .

(٢) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ط١، المطبعة الأميرية ببولاق، ب.ت، ص١٤٣ .

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص٧٣ ؛ الشيخ علي الخفيف، الملكية، المرجع السابق، ص٧٩ ؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص٣٤٠ .

(٤) محمد زيد الأبياتي، محمد سلامة الستجلقى، شرح مرشد الحيران، الجزء الأول، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٥، ص٦.

٢. الأمـــوال التـــي تـــؤول مـــن ملكـــية الأفراد إلى الملكية العامة، كالأوقاف الخـــيرية[١] وهي الأموال التي يرصدها أصحابها لأعمال البر، وترصد لنفع عامة المسلمين، وكذلك بالنسبة للتركات التي لا وارث لها، والأعيان التي تعلق بها حق الله تعـــالى كالمساجد، فأنها لا تكون ملكاً للأفراد[٢]، أو الأموال التي يكون للدولة علـــيها الولايـــة وتـــبقى على حكم الملكية العامة، لأن إقرار الملكية الفردية فيها ســـيلحق أضراراً بالأمة[٣]، فالأراضي التي تم فتحها عنوة أبقى أولو الأمر بعضها على حكم الملكية العامة، لأن في قسمتها على الفاتحين ضرراً يلحق بالدولة، منها عـــدم قـــدرة الدولـــة على تغطية نفقاتها في الحروب والمصالح العامة، أو تجمع الأمـــوال فـــي يد فئة قليلة من الناس[٤]، وقد أوقف الخليفة عمر بن الخطاب ﷺ

---

(١) الوقف (شرعاً) هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود .
ســـيف الديـــن أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، ج٦، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط١، ١٩٨٨، ص٧.
والأعـــيان الموقوفـــة لا تقبل التملك إلا بمسوغ شرعي، فلا يصح بيع الوقف إلا إذا أنهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من غلاته، أو إذا وجد مسوغ آخر يسوغ التصرف فيه .
محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص٣٤٠ .

(٢) د.أحمد فراج حسين، المرجع السابق،ص٣٣ ؛ د.عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٢٣١.
ويجمـــع فقهـــاء الشـــريعة الإســـلامية على إن المسجد يخرج من ملكية صاحبه متى ما أقيمت فيه الصـــلاة، ويدخل في ملكية الله تعالى، فقد جاء في فتح القدير: (فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد، فـــأن الوقـــف إذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافاً إلى ما بعد الموت كان له أن يرجع فـــيه، أمـــا المســـجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه، لأن الوقف أجتمع فيه معنيان الحـــبس والصدقة، أما إذا قال جعلت أرضاً مسجداً فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه، فلو أزاله الله تعالى لم يكن له أن يرجع).
أنظـــر الشـــيخ كمـــال الديـــن محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٥، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ١٣١٦ هـ، ١٨٩٦ م، ص٦١ -٦٢ .
وجـــاء فـــي شـــرح الكنز: (قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم أي يخـــرجه عن ملكه أو يعلقه أي يعلق الوقف بموته، وقال أبو يوسف يزول بمجرد القول، وقال محمد لا يـــزول حـــتى يجعل للوقف متولياً ويسلمه إليه. ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكـــه بطـــريقة، ويأذن بالصلاة فيه وإذا صلى فيه واحد زال ملكه، لأنه صار لله بقوله تعالى: (وإن المساجد لله)، ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة).
الزيلعي، المرجع السابق، ج٣، ص٣٢٥، ٣٢٩.

(٣) د.عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٢٣١ .

(٤) د.محمـــد فـــاروق النبهانـــي، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠، ص٢٢٢ ومـــا بعدهـــا ؛ د. منذر القحف، السياسات المالية دورها وضوابطها في الاقتصاد الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت،١٩٩٨، ص٢٥ – ٢٧ .

أرض العــراق بعد فتحها، وجعلها موقوفة على مصالح المسلمين عامة، ولم ينكر عليه ذلك أحد من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً منهم[١].

وفي ذلك قال القاضي أبو يوسف: (وأفتتح عمر السواد والأهواز، فأشار عليه المســلمون أن يقســم الســواد وأهل الأهواز وما أفتتح من المدن، فقال لهم: فما يكــون لمــن جــاء من المسلمين ؟ فترك الأرض وأهلها، وضرب عليهم الجزية، وأخذ الخراج من الأرض)[٢].

وقــال القاضي أبو يعلى: (والأرض التي فتحت عنوة فيها روايتان: إحداهما: أنها تكون غنيمة، كالأموال تقسم بين الغانمين ... والثانية، أن الأمام فيها بالخيار فــي قسمتها بين الغانمين، فتكون أرض عشر، أو يقفها على كافة المسلمين)[٣]، وهــذه الأراضــي لا يجوز أقطاع رقبتها، لأنها صارت باصطفائها لبيت المال ملكاً للمســلمين كافــة، فــيجرى علــيها حكم الوقف المؤبد[٤]، وأن أقطعها ولي الأمر للبعض فانه يكون إقطاع منفعة لا إقطاع رقبة[٥].

٣. الأمــوال التي يتساوى الناس جميعاً في الانتفاع بها لعدها من ضروريات الحياة. فهي تعد من الحاجات الأساسية، فهي وجدت دون أن يكون لأي يد بشرية فضــلٌ في وجودها، فملكيتها تكون مشاعة للجميع[٦]، ويدخل في هــذه الأمــوال

---

(١) سيف الدين أبو بكر بن أحمد الشاشي القفال، المرجع السابق، ج٧، ص٧٢٧ .
(٢) القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٩، ص٢٨ .
(٣) القاضــي أبــو يعلــى محمــد بن الحسين الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٩٦٦، ص١٤٦ .
(٤) المرجع السابق، ص٢٣١ .
(٥) الشيخ محمد أبو زهرة، محاضرات في المجتمع الإسلامي، مطبعة يوسف، القاهرة، ب.ت، ص٢٧.
(٦) د. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص٣٨.
ويذهــب جانــب من الفقه الإسلامي إلى إخراج طائفة من هذه الأشياء من عداد الأموال، لأنها أشياء مــباحة، والشــيء المباح مال غير متقوم لأنه لم يتحقق فيه أحد شروط المال المتقوم وهو الإحراز، فغير المحرز ليس بمتقوم، لأنه لا يكون ملكا لأحد، ودليلهم في عدم تقومها أن متلفها لا يضمن، وأن العقد لا يصح عليها.
محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص٣٣٤.
ويــرى الشيخ أبو زهرة أن الأموال المباحة يجوز عدها أموالاً متقومة، لأن الشارع قد أباح الانتفاع بهــا، واحترم ملكية من سبق إليها واستولى عليها. أما الأموال غير المتقومة فهي ما لا يقر الشارع

المباحات الثلاثة الماء[1] والكلأ والنار، فقد ورد عن رسول الله ﷺ قوله: ((المسلمون شركاء في ثلاث: الكلأ والماء والنار))[2]، ويقول الإمام أبو عبيد أن حديث اشتراك الناس في الماء والكلأ هو فيما يكون عاماً[3]، أما الماء المحرز فيذهب أغلب الفقهاء إلى أنه ملك لمن أحرزه، ولا يكون فيه حق لغير المالك، فالماء المحرز وإن كان مباحاً في الأصل، إلا أن المباح يملك بالاستيلاء وبه ينقطع حق الغير[4]، وفي حديث أخر أضاف إليها الملح، فقد روى أبو داؤد أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال: ((يا رسول الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الماء، قال يا نبي الله وما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال: الملح))[5].

ملكيتها، ولا يبيح الانتفاع بها. أما ما قيل من عدم ضمان متلفها، فذلك لأنه لا مالك لها، والضمان إنما يكون لمالك يطالب بحقه، ولذات العلة لا ترد التصرفات الشرعية عليها، لأنها باقية على الشركة الطبيعية بإباحتها للعموم، وبالإحراز تدخل في الملكية، وتتعلق بها كل حقوق المالك المحرز.
الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية، المرجع السابق، ص٥٤-٥٥.
والى ذلك أيضا يذهب الشيخ علي الخفيف إذ يقسم الملك بالنظر إلى خصائصه إلى ملك عام وملك خاص، ويذهب إلى القول ان ما ينتفع به من الأشياء قد وجد في بداية أمره مباحا لا يملكه أحد. ومن هذه الأشياء ما هو بحسب وضعه محل ومصدر لانتفاع كل من دعته حاجته إلى الانتفاع به دون الاستئثار به، ويكون ذلك إما لكثرته ووفرته كالكلأ في الأرض، وإما لتعاظمه كالأنهار، وإما لكثرة من يقصده ويرتفق به، وهذا النوع تتمثل فيه الملكية العامة.
الشيخ علي الخفيف، الملكية، المرجع السابق، ص٧٣-٧٤.
ويؤيد الدكتور البوطي هذا الرأي فيذهب إلى القول: أن عموم ما يسمى مالاً في الاصطلاح الإسلامي ينقسم إلى قسمين ...، والقسم الثاني منها يتمثل بكل ما لم تتدخل فيه يد الصنعة البشرية لإيجاد القيمة المالية له، بل هو في أصل تكوينه الإلهي يعد من الأموال المتداولة التي ينتفع بها الناس، وهذا النوع ملكيته عامة، يتساوى الناس جميعا في حق الانتفاع به وحق امتلاكهم له، ويدخل في هذا النوع الماء والكلأ وغيرهما.
د. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص٣٧-٣٨.

(١) يورد الفقهاء عدة تقسيمات للمياه، وأغلبها متقارب في مضمونه، فقد قسم الإمام المرغياني المياه إلى: ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة (والشفة الشرب لبني أدم والحيوان)، وسقي الأراضي، وماء الأودية العظام كدجلة والفرات، والثالث إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت فيه، والرابع الماء المحرز في الأواني.
الإمام المرغياني، المرجع السابق، ج٤، ص١٠٣-١٠٤.

(٢) رواه أبو داؤد، الإمام أبو داؤد سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داؤد، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨، ج٣، حديث رقم (٣٤٧٧).

(٣) الإمام أبو عبيد القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق وتعليق محمد خليل هراس، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، ص٣١١.

(٤) الإمام الكاساني، المرجع السابق، ج٦، ص١٨٨ ؛ المرغياني، المرجع السابق، ج٤، ص١٠٤.

(٥) رواه أبو داؤد، ج٢، حديث رقم (١٦٦٩).

وفي ذلك قال الإمام الشافعي: (وأصل المعادن صنفان، ما كان ظاهراً كالملح الذي يكون في الجبال ينتابه الناس فهذا لا يصلح لأحد أن يقطعه أحداً بحال والناس فيه شرع. وهكذا النهر والماء الظاهر فالمسلمون في هذا كلهم شركاء، وهذا كالنبات فيما لا يملكه أحد وكالماء فيما لا يملكه أحد. فان قال قائل ما الدليل على ما وصفت ؟ قيل: (اخبرنا) ابن عيينة عن معمر عن رجل من أهل مأرب عن أبيه أن الأبيض بن حمال سأل رسول الله ﷺ أن يقطعه ملح مارب فأراد أن يقطعه أو قال أقطعه إياه، فقيل له أنه كالماء العد، قال فلا إذن. وقال الشافعي فنمنعه إقطاع مثل هذا فإنما هذا حمى وقد قضى رسول الله ﷺ: ((لا حمى إلا لله ورسوله)). فإن قال قائل فكيف يكون حمى ؟ قيل: هو لا يحدث فيه شيئاً تكون المنفعة فيه من عمله ولا يطلب فيه شيئاً لا يدركه إلا بالمؤنة عليه، إنما يستدرك فيه شيئاً ظاهراً ظهور الماء والكلأ فإذا تحجر ما خلق الله من هذا، فقد حمى لخاصة نفسه فليس ذلك له، ولكنه شريك فيه كشركته في الماء والكلأ الذي ليس في ملك أحد)[1].

وفي ذلك قال القاضي أبو يوسف: (والمسلمون جميعاً شركاء في دجلة والفرات وكل نهر عظيم نحوهما أو واد يستقون منه ويسقون الشفة والحافر والخف، وليس لأحد أن يمنع)[2].

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية عدة نصوص تشير إلى الأموال التي يعود نفعها للعامة وتكون مباحة للجميع، فلا تكون ملكاً لأحد[3].

---

(١) الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج٤، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، ط١، ١٩٦١، ص٤٢.

(٢) القاضي أبو يوسف، المرجع السابق، ص٩٧.

(٣) فقد نصت المادة (١٢٣٥) على أن: ((المياه الجارية تحت الأرض ليست بملك لأحد)).والمادة (١٢٣٧) على أن: ((البحار والبحيرات الكبيرة مباحة)). والمادة (١٢٣٨) على أن: ((الأنهار العامةِ الغير مملوكة، وهي الأنهار التي لم تدخل في مقاسم -أي في مجاري ملك الجماعة- مباحة أيضا كالنيل والفرات)).
والمادة (١٢٧١) على أن: ((الأراضي القريبة من العمران تترك للأهالي مرعى وبيدراً ومحتطباً ويقال لها الأراضي المتروكة)).

وأن الشبه القائم بين هذه الأموال، إنما يتمثل بأنها جميعاً أموال لا جهد للإنسان في إيجادها أو إعطائها القيمة المالية[1]، فالناس جميعاً متساوون في حق الانتفاع بها، وهم شركاء في هذه الأموال، إلا أن هذا لا يعني أنها لا تملك، فمن استولى على شيء منها ملكه، وإنما لا يجوز إقطاعها جملة لفرد ليمنع غيره من الانتفاع بها، ولذلك فان ما كان فيه المنفعة بلا عمل ولا نفقة فهو للناس جميعاً، كالماء والكلأ والنار، ومثل هذا لا يجوز إقطاعه وأن جاز تملك شيء منه بالاستيلاء[2]. ويذهب الفقهاء إلى أن شركة الناس في هذه الأشياء هي شركة إباحة لا شركة ملك، فمن يسبق إلى أخذ شيء من ذلك وأحرزه[3] فهو أحق به، وهو ملك له دون سواه، وهذا الحكم يشمل جميع الأموال المباحة[4]. ولا شك في أن ضروريات الحياة تختلف من زمن لأخر، لذلك يمكن أعمال هذه القاعدة لكل ما يعد ضرورياً.

٤. الأموال التي لا تتفق قيمتها مع العمل الذي يبذل فيها، فدور الجهد الإنساني فيها لا يزيد على التطوير أو التحسين، ولا يصل إلى مرحلة تكوينها أو إعطائها القيمة المالية[5] كالمعادن[6] التي تكون في باطن الأرض، أو الموجودة

(١) د. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص٣٩.

(٢) الشافعي، المرجع السابق، ص٤٢.

(٣) الحرز (لغة) من حرزه يحرزه حرزاً أي حفظه، فيقال حرز الشيء أي بالغ في حفظه.
بطرس البستاني، قطر المحيط، ج١، مكتبة لبنان، بيروت، ب.ت، ص٣٨٣.
و(شرعا) هو وضع المال في حرز مثله.
موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ج٣، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٠، ص٢٢٣.

(٤) أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٩٣٦، ص٢٠ ؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص٣٥٧ ؛ د. أميل تيان، محاضرات عن أحكام المياه والمناجم والمقالع والآثار، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٧، ص١٠.

(٥) د.عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٢٣٠ ؛ د. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص٣٧ ؛ الشيخ محمد أبو زهرة، محاضرات في المجتمع الإسلامي، المرجع السابق، ص ٢٧؛ محمد صبري بن أوانج، المرجع السابق، ص٤٩.

(٦) عرف المعدن (شرعا) بأنه ما خلقه الله تعالى في الأرض من ذهب وفضة أو نحاس أو نحوها كالزرنيخ والنفط.
القاضي أبو يعلي، المرجع السابق، ص١٢٧.
كما عرف بأنه كل ما خرج من الأرض مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة.
أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مطبعة الإمام، القاهرة، ج٣، ب.ت، ص٢٤.

على ظاهرها، فحكمها واحد، فملكيتها تكون عامة(١).

ويتفق الفقهاء على أنه إذا كانت المعادن موجودة في ارض تابعة لبيت المال فإنها تكون مملوكة له، ويكون التصرف فيها للإمام، وكذلك الحال إذا وجد المعدن في ارض موقوفة، فانه يكون وقفاً تبعاً للأرض ويصرف في مصالح الوقف(٢).

أمـــا إذا وجدت المعادن في أرض مملوكة، فإنها تكون تابعة لها، لأنها تكون تابعـــة لـــلأرض وجـــزء من أجزائها، وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة، أما المالكية، فيرون أن المعدن يعد ملكاً للمسلمين، وليس ملكاً لمن يملك الأرض التي تحويه، لأنه ليس ثمرة للأرض ولا متولداً منها(٣).

وفـــي ذلـــك يقول الإمام الشافعي: (ما لا يملكه أحد من المسلمين صنفان ... والصـــنف الثاني ما تطلب المنفعة منه نفسه ليخلص إليها لا شيء يجعل فيه من غـــيره وذلـــك المعادن كلها الظاهرة والباطنة من الذهب والتبر والكحل والكبريت والملـــح وغـــير ذلـــك)، ويقول أيضاً: (ومثل هذا كل عين ظاهرة، كنفط وقار أو كبريـــت أو مومياء أو حجارة ظاهرة في غير ملك لأحد، فليس لأحد أن يتحجرها دون غيره، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه)(٤).

وفي بيان ذلك يقول الإمام الغزالي: (أما المعادن فظاهرة وباطنة، أما الظاهرة فهـــي كل ما لا يحتاج فيه إلى طلب كالملح ولا يختص به أحد إلا بأحياء وتحويط حولـــه، أمـــا الباطنة وهي التي تظهر بالعمل كالذهب والفضة فان ظهرت في ملك

وهي أما باطنة أو ظاهرة، والمعادن الباطنة هي ما كان جوهرها مستكناً فيها، لا يصل إليه إلا بالعمل كالذهـــب والفضة وغيرهما، أما المعادن الظاهرة، فهي ما كان جوهرها المستودع فيها بارزا كالكحل والملح وغيرهما.
أبـــو الحســـن علـــي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٩، ص٢٤٧-٢٤٨.

(١) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ج٥، ص٤٢٩.
(٢) د. أحمـــد فراج حسين، المرجع السابق، ص٤٣ ؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص٣٨٩-٣٩٠.
(٣) الشيخ علي الخفيف، الملكية، المرجع السابق، ص٦١.
(٤) الإمام الشافعي، المرجع السابق، ص٤٢.

أحد بعد أن أحياه فهي ملكه)[1].

وقد ميز الحنفية بين ثلاثة أنواع من المعادن، الصلبة، التي تذوب وتنطبع بالأرض كالذهب والفضة، والصلبة غير القابلة للانطباع كالكحل والماس، والسائلة كالزئبق والنفط، وحكم الأولى أن الأرض إذا كانت تخضع لضريبة العشر والخراج[2] فانه يجب فيها الخمس، أما الباقي فللواجد. وإذا كانت الأرض مملوكة، فعن أبي حنيفة روايتان فيها، ففي رواية الأصل لا شيء فيها كما لو وجدها في داره، وفي رواية فيها الخمس. أما المعادن الجامدة كالكحل والزرنيخ فلا شيء فيها إن كانت الأرض لا مالك لها، فهي لواجدها، وإن كانت مملوكة فهي لمالكها، أما حكم المعادن السائلة التي تكتشف في ارض مملوكة فإنها تكون ملكاً لصاحبها، ولا يثبت حق لبيت المال عليها[3].

وذهب الإمام مالك إلى القول: (وحكم المعدن مطلقاً، سواء كان معدن عين أو غيره، للإمام أن يقطعه لمن شاء من المسلمين، أو يجعله في بيت المال لمنافعهم لا لنفسه) وقال الصاوي معلقاً على قوله: يقطعه لمن شاء من المسلمين (أي

(١) الإمام أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٩، ص٢٤٣.

(٢) الأراضي العشرية هي الأراضي التي فتحها المسلمون عنوة، وقسمت بين الفاتحين كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر، والأراضي التي أسلم أهلها عليها من غير فتح كاليمن والبحرين، أما الأراضي الخراجية فهي الأراضي التي فتحت عنوة وأقر أهلها عليها كما فعل الخليفة عمر بن الخطاب ﷺ حينما ترك السواد في أيدي أهله فهي أرض خراج. ويظهر التفريق بين العشر والخراج فيما يؤخذ منها من ضرائب، فالأراضي العشرية يؤخذ منها العشر مما تنتج أن سقيت بغير آلة ونصف العشر إن سقيت بآلة. أما الخراجية فيؤخذ منها مقدار يقدره ولي الأمر ويسمى ذلك خراج الوظيفة أو خراج المساحة، فهو يفرض بالنظر إلى مساحة الأرض ونوع ما يزرع فيها، أو يرى ولي الأمر أن يؤخذ منها نسبة معينة كالخمس أو السدس من الإنتاج ويسمى ذلك خراج مقاسمة.
د. عبد العزيز العلي النعيم، نظام الضرائب في الإسلام، ط٢، مؤسسة عبد الحفيظ البساط، بيروت، ١٩٧٥، ص٣٩٥-٣٩٧، ٤٢٢-٤٢٣.

(٣) كمال الدين محمد بن الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج١، المرجع السابق، ص٥٣٨ وما بعدها.
أما معادن البحار كالمرجان واللؤلؤ، فيرى جمهور الفقهاء أنه لا شيء فيها، وتكون ملكاً لواجدها، ويرى أبو يوسف أنه يجب فيها الخمس في الحلية والعنبر لورود الأثر بذلك.
محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص٣٩٣.

يعطيه لمن يعمل فيه بنفسه مدة من الزمن، أو مدة حياة المقطع)[1]، فالقول المشهور عن المالكية، أن المعادن كلها لا تملك بالاستيلاء عليها، كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض، إنما تعود للمسلمين كافة، فيكون للإمام أن يقطعه لمن شاء، أو يعطيه لمن يعمل فيه طوال حياته، أو لمدة من الزمن إنتفاعاً لا تمليكاً.

وفي بيان الفقه الحنبلي قال أبو يعلى: والمعدن نوعان ظاهر وهو ما كان بارزاً في الأرض التي استودع فيها كالكحل والملح فهو كالماء الذي لا يجوز إقطاعه، والناس فيه شرع يأخذ من ورد إليه، فان منعه أحدهم كان متعدياً، وباطن وهو ما كان مستكناً في الأرض ولا يوصل إليه إلا بالعمل كالذهب والفضة، فهي أيضاً كالظاهرة لا يجوز إقطاعها، وكل الناس فيها شرع، فإن أحيى مواتاً فظهر فيها معدن ظاهر أو باطن، فانه يكون ملكاً له[2].

وفي ذلك أيضاً يقول ابن قدامة: (إذا ملك الأرض بالأحياء ملكها بما ظهر فيها من المعادن ظاهراً كان أو باطناً لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها)[3].

أما الكنز فهو ما دفنه الناس في الأرض من الأموال، سواء كان ذلك في الجاهلية أم في الإسلام، وهو نوعان إسلامي وجاهلي[4].

أما الكنز الإسلامي فهو ما دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام، وحكمه أنه لا يملك بمجرد الاستيلاء عليه، بل تجري عليه أحكام اللقطة[5]، فيعرف عنها لاقطها المدة المقررة لأمثالها، فان عرف صاحبها ردها إليه، وإلا فللواجد أن يتملكها

(١) أنظر أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، ج١، مطبعة دار المعارف بمصر، ب.ت، ص٦٥٠.
(٢) القاضي أبو يعلى، المرجع السابق، ص٢٣٥-٢٣٦.
(٣) ابن قدامة المقدسي، المقنع، المرجع السابق، ص٢٨٦.
(٤) د. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص٣٣٠.
(٥) اللقطة (شرعا) هي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره.
ابن قدامة، المغني، ج٦، المرجع السابق، ص٣.

مضمونة في ذمته لمالكها إذا ظهر[١]، أو أن يتصدق بها على الفقراء والمساكين وغيرهم[٢].

أمـــا الكنز الجاهلي (الركاز)[٣] فهو كل مال وجد مدفوناً من ضرب الجاهلية، فـــي مـــوات أو طـــريق ســـابل، ويكون لواجده، وفيه الخمس لقول الرسول ﷺ: ((وفـــي الركاز الخمس))[٤]، أما إذا وجد في ارض مملوكة ففيه رأيان، أولهما أنه يكـــون لمالك الأرض ولا حق فيه لواجده وفيه الخمس، وثانيهما أنه يكون لواجده دون مالك الأرض، وفيه الخمس[٥].

٥. الحمى:

الحمـــى هو المكان المحمي وهو خلاف المباح يمنع لتوفير الكلأ وترعى فيه مواشـــي مخصوصة ويمنع غيرها[٦]. فهي أرض تخصصها الدولة لمصالح عامة

---

(١) الماوردي، المرجع السابق، ص١٨٩.
وهـــي أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها، فإذا هلكت بغير تعد منه فلا ضمان عليه.
كمال الدين السيواسي، المرجع السابق، ج٤، ص٤٢٣-٤٢٤.

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية، المرجع السابق، ص١٤٩.

(٣) الـــركاز هـــو كـــل مـــا يشتمل عليه باطن الأرض من جوهر هو فيها بأصل خلقها وتكوينها كالذهب والفضـــة، ويســـمى معدنـــا، ويسمى كنزا. وقد اختلف الفقهاء في معنى الركاز (شرعا)، فمنهم من قصـــره علـــى ما دفن من ضرب الجاهلية، ومنهم من جعله يشمل المعدن والكنز، وذهب بعضهم إلى أنـــه يشـــمل الكـــنز الجاهلـــي والإسلامي، وترتب على هذا الاختلاف في المعنى اختلافهم في أحكام المعـــادن، ولكـــن الفقهـــاء متفقون على أن كنز الجاهلية يدخل في معنى الركاز، وذلك لاتفاقهم على انطباق الحديث ((وفي الركاز الخمس)) عليه، وإن اختلفوا في أنه يشمل المعادن أو لا يشملها.
الشـــيخ محمـــد أبو زهرة، المرجع السابق، ص١٣٨ وما بعدها ؛ أبو القاسم عبيد، المرجع السابق، ص٣٤٧.
وفي ذلك قال الإمام الشافعي: الركاز هو دفن الجاهلية.
الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج٤، ص٥٠.
أمـــا الحنفـــية فيذهـــبون إلـــى أن المـــال المستخرج من الأرض له ثلاثة أسماء هي: الكنز والمعدن والـــركاز. والكِـــنز اسم لما دفنه بنو آدم، والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى يوم خلق الأرض، والركاز اسم لهما جميعا، فهو اسم مشترك يطلق على المعدن والكنز.
كمال الدين، المرجع السابق، ج١، ص٥٣٧.

(٤) رواه أبو داؤد، ج٣، حديث رقم (٣٠٨٥).

(٥) أبو يعلى، المرجع السابق، ص١٢٧-١٢٨.

(٦) محمـــد بـــن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار، ج٥، ط١، ب.م، ب.ت، ص٣٠٩ ؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ط١، ب.م، ١٩٢٧، ص٦٩.

المسلمين أو لفئة منهم(١). فيقوم ولي الأمر بحمى جزء من الأرض لتحقيق مصلحة ما، وكانت القبائل العربية تقوم بذلك قبل الإسلام، فلما جاء الإسلام أبطل الحمى الخاص بقبيلة أو بفرد وأبقى الحمى العام(٢)، أي للمنفعة العامة، وقد ورد عن رسول الله ﷺ قوله: ((لا حمى إلا لله ولرسوله))(٣).

والحمى يكون لأرض غير مملوكة للأفراد من أرض الموات، فيمتنع على الأفراد تملكها عن طريق الأحياء(٤)، وقد حمى رسول الله ﷺ أرض البقيع (وفي رواية النقيع بالنون) لخيل المسلمين لتكون مرعى لخيلهم التي يحملون عليها حين يجاهدون في سبيل الله، كما حمى عمر بن الخطاب رضي الله عنه موضعين بين مكة والمدينة وهما شرف والربذة(٥). فالحمى هو إقرار للملكية العامة إذ تصير الأرض بموجبه ملكاً لجماعة المسلمين في سبيل منفعة عامة لهم.

(١) د. منذر القحف، المرجع السابق، ص٣٠.
(٢) ابن قدامة، المغني، ج٥، المرجع السابق، ص٥٨٠.
(٣) رواه أبو داؤد، ج٣، حديث رقم (٣٠٨٣).
(٤) د. منذر القحف، المرجع السابق، ص٣٠.
(٥) د. محمد فاروق النبهاني، المرجع السابق، ص٢٤١-٢٤٢ ؛ د. محمد عبد الجواد محمد، ملكية الأراضي في الإسلام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٧٢، ص١٧٧-١٧٨.
وقد اختلف الفقهاء في جواز الحمى بعد رسول الله ﷺ، قال الماوردي في جوازه قولان: أحدهما: لا يجوز لأن الحمى يكون خاصا لرسول الله ﷺ لرواية الصعب بن جثامة أن رسول الله ﷺ حين حمى البقيع قال: ((لا حمى إلا لله ولرسوله)). والثاني أن حمى الأئمة بعده جائز كجوازه له، لأنه كان يفعل ذلك لمصلحة المسلمين لا لنفسه، فكذلك من قام مقامه في رعاية مصالح المسلمين.
الماوردي، المرجع السابق، ص٢٨٧-٢٨٨.

المطلب الثالث

ضوابط تمييز أموال الدولة العامة من أموالها الخاصة في الشريعة الإسلامية

تطـورت نظرية الأموال العامة في ظل الفقه الوضعي، إذ تقسم أموال الدولة مـن حيث أحكامها إلى نوعين، فمنها ما يكون مخصصاً للنفع العام وهي ما يطلق عليها الأموال العامة وهي تخضع لنظام قانوني يختلف عن أحكام القانون الخاص، أما النوع الثاني، فهي أموال الدولة الخاصة، وهي الأموال التي لا تخصص للنفع العـام، وتملكهـا الدولـة أو الأشـخاص الاعتـبارية العامـة لغرض استثمارها واستغلالها وذلك من أجل إنماء موارد الدولة وزيادتها[1].

أمـا في الشريعة الإسلامية، فيرى الشيخ علي الخفيف أن فكرة تمييز أموال الدولـة العامـة من أموالها الخاصة لم تكن معروفة على الوضع والتفصيل الذي سـبق ذكره في بداية الإسلام عند تشريع الأحكام واستنباطها، فلم يكن لبيت المال إلا مـوارده المعـروفة، وكـل ذلك يعد ملكاً لبيت المال وملكيته للمسلمين عامة، ويـرى أن التقسـيم السـابق ما هو إلا تقسيم واقعي ينظر فيه إلى ما أعدت له الأمـوال أو قصد منها، فما يعد لمصلحة عامة ودائمة يكون له وضعه الخاص فلا يمكـن التصـرف فـيه، ولا تصـلح الملكية الخاصة فيه إنما يكون معداً لمصالح المسـلمين عامـة، كالمسـاجد والوقـوف الخيرية، وما ليس كذلك من الأموال المملوكـة لعامـة المسـلمين تكون له أيضاً أحكامه الخاصة، فمنها تدفع أرزاق الموظفيـن والعامليـن والجـنود، ونفقة شق الترع والطرق وإصلاحها، وهذا لا يخـتلف عـن فكـرة تمييز أموال الدولة العامة من أموالها الخاصة المعروفة في

(١) د. إبراهـيم عـبد العزيـز شيحا، أصول القانون الإداري، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها- دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص٥ وما بعدها.

الفقه والقانون الوضعي إلا بالنظر إلى التفصيل والتنظيم والترتيب[١].

ويذهـــب البعض[٢] إلى انه مع تعدد مفردات الملكية ونماذجها في الإسلام إلا أنـــه يمكن تصنيفها من حيث استخداماتها إلى ملكية الدولة وملكية الأمة. وملكية الدولـــة، تقابل في الاصطلاح الحالي الأموال الخاصة للدولة، وهي تشمل المنشآت الحكومـــية والأموال والعقارات التي يحق لولي الأمر أن يتصرف في رقبتها وفقاً لما تمليه المصلحة العامة، وبناء على السلطات المخولة له من الجماعة.

أمـــا ملكـــية الأمـــة أو الشعب، فهي تقابل الأموال العامة للدولة في المفهوم الحالي، وهي تشمل مختلف الأموال التي ينتفع بها جميع أفراد الشعب، كالشوارع والأنهـــار وغيرها من المرافق التي يرد عليها حق عام أو إباحة عامة، وأنه على الرغم من إدارة الدولة أحياناً لهذه الأموال فأنه ليس لولي الأمر حق التصرف في رقبة هذه الأموال.

لذلـــك يمكـــن القـــول ان الشريعة الإسلامية قد عرفت تمييز الأموال الخاصة للدولـــة من الأموال العامة، ولا يوجد خلاف بين الفقهاء في ملكية الدولة لأموالها الخاصـــة، إلا أن الخـــلاف قد ظهر حول ملكيتها للأموال العامة كما هو الحال في الفقـــه الوضـــعي، إذ يرى الشيخ الخفيف أن الملكية العامة في نظر الإسلام تتمثل بما يكون الأفراد مشتركين فيه، وليس بمعنى أنه ما يكون لهيئة بوصف أنها هيئة لها شخصية اعتبارية ولها ملك هذا المال وحقوقه[٣].

لكـــن البعض[٤] يرى انه يمكن عد الدولة مالكة للأموال العامة، وانه لا يوجد اخـــتلاف بين أقوال من ينفون ملكية الدولة للأموال العامة وبين القائلين بملكيتها لهـــذه الأموال، لأن النفي يتوجه إلى الملكية الخاصة، وهذا لا يمنع من عدها من

(١) الشيخ علي الخفيف، الملكية، المرجع السابق، ص٨٠-٨١.
(٢) محمد صبري بن أوانج، المرجع السابق، ص٣٨-٣٩.
(٣) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص٧٦.
(٤) د. سعيد أمجد الزهاوي، المرجع السابق، ص٦٥، ٩٠.

أمـــلاك الدولـــة العامـــة التي يحق للأفراد الانتفاع بها لأنها تكون مخصصة للنفع العام.

ويمكـــن القـــول إن الرأي الأخير هو الأكثر اتفاقاً مع الاتجاه الحديث في الفقه الوضـــعي لذلك يمكننا القول أن الدولة تكون مالكة للأموال العامة وإن كانت هذه الملكية لها خصوصيتها نظراً لأن كل فرد من أفراد الشعب له حق في هذه الأموال ويحق له الانتفاع بها لأنها تكون مخصصة للنفع العام.

المبحث الثاني

نظم حماية المال العام في الشريعة الإسلامية

أحـــاط الإسلام الأموال العامة بسياج قوي من الحماية، وفرض العقوبات على مـــن يـــتعدى على هذه الأموال بالنظر إلى الدور الذي تقوم به من تحقيق المنفعة لعامـــة المسلمين، وعدَّ الاستيلاء عليها نوعاً من السرقة، أطلق عليه اسم الغلول، قال تعالى: ﴿ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة﴾[1].

وقد وضعت النظم الرقابية التي تكفل حماية الملكية العامة وصيانة المال العام مـــن أجل الحفاظ عليه وتنظيم استخدامه فيما خصص له من أهداف، قال تعـــالى: ﴿وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون﴾ [2]، فهذا النص الكريم يقرر ان الـــرقابة تكون على ثلاثة أنواع: مراقبة الله للفرد، وقد سميت بالرقابة الذاتية، وهـــي الرقابة التي تنبعث من ضمير الإنسان، فتمثل خط الدفاع الأول الذي يحمي الأمـــوال العامـــة، لأنه يؤمن بان الله مطلع علـــــــى أعماله التي يقوم بها فـــي الســـر والعلانـــية[3]، قال تعالى: ﴿واعلمـــوا أن الله يعلـــم ما في أنفسكـــــم

(١) سورة آل عمران، الآية (١٦١).
(٢) سورة التوبة، الآية (١٠٥).
(٣) محمد صبري بن أوانج، المرجع السابق، ص٥٣-٥٤.

فــاحذروه﴾ [1]، لذلــك فان العقيدة الإسلامية تحمي المسلم من الوقوع في الخطأ وتنمـــي فيه روح المراقبة لأعماله وتصرفاته في السر والعلانية، لكي يخلص في عملـــه، ويمتـــنع مـــن الاعتداء على الأموال العامة وأداء حق الدولة كاملاً، دون الحاجة إلى رقيب غير عقيدته[2]، وذلك لأن الرقابة الذاتية تجعل من كل فرد رقيباً على نفسه، فمن راقب الله في نفسه لا يحتاج إلى مراقبة.

أمـــا الـــنوع الثانـــي، فهـــي مراقبة الرسول أو من يأتي من بعده ممن يكون مســـؤولاً عن شؤون الأمة، فمسؤولية حماية المال العام هي فرض عين على كل مســـلم حاكمـــاً كان أم محكوماً، والأعراض عن هذا وعدم القيام به يعرضه للأثم. ولكن إذا كانت هذه المسؤولية من واجب الفرد والجماعة فإنها تكون اكثر وجوباً علـــى من ارتضى لنفسه ان يكون في موقع الراعي لشؤون المسلمين ويقوم على مصـــالحهم فينبغـــي ان يسأل قبل غيره عن حماية تلك الأموال والمصالح، إذ من المـــبادئ الأساســـية حيـــثما تكـــون السلطة تكون المسؤولية[3]، ويؤكد هذا قول الرســـول ﷺ: ((مـــن رأى منكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه، فان لم يســـتطع فبقلـــبه، وذلك أضعف الأيمان))[4]، وقوله: ((ألا كلكم راعٍ وكلكم مسئول عـــن رعيـــته ...))[5]، وكان رسول الله ﷺ يشرف على استحصال الأموال العامة وعلـــى إدارتهـــا ووجـــوه إنفاقها بما يتفق مع شرع الله، فلم تكن هناك حاجة في بداية عهد الدولة الإسلامية إلى إنشاء بيت المال، لأن كل ما يرد الدولة من موارد يـــوزع علـــى الفور على المستحقين، وقلما كان يتبقى منه شيء[6]، وقد حاسب رســـول الله ﷺ مـــن يتولى عملاً لمصلحة المسلمين ولا يرعاه حق الرعاية، فعن

(١) سورة البقرة، الآية ﴿٢٣٥﴾.
(٢) د. عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٤٦٨.
(٣) أبـــو بكر محمد بن عبد الله العربي، احكام القرآن لابن العربي، تحقيق علي محمد الجياري، ج١، دار المعرفة، بيروت، ب.ت، ص٢٩٢.
(٤) رواه مسلم، ج١، ص٥٠.
(٥) رواه أبو داؤد، ج٣، حديث رقم (٢٩٢٨)؛ ومسلم، ج٦، ص٨.
(٦) د. عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٤١.

أبي حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً يدعى (ابن اللتبية) من الأزد على صدقات بني سليم فلما جاء حاسبه فقال: هذا لكم وهذا أهدى لي، فقال رسول الله ﷺ ما بال الرجل نستعمله على العمل فيقول هذا لكم وهذا أهدى لي فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا، والذي نفسي بيده لا يأخذ منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته، إن كان بعيراً له رغاء أو بقرة لها خوار[١]، كما ورد عنه ﷺ قوله: ((من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً فما اخذ بعد ذلك فهو غلول))[٢]، وما هذا إلا تأكيد لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنت تعلمون﴾[٤].

وقد سار الخلفاء الراشدون على نهج الرسول ﷺ من بعده، فعندما حاول بعض الناس الامتناع عن دفع الزكاة قاتلهم الخليفة أبو بكر ﷺ وقال: (والله لو منعوني عقالاً كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها)[٥].

وبعد اتساع الدولة الإسلامية في عهد الخليفة عمر بن الخطاب ﷺ، ازدادت الحاجة إلى تنظيم موارد الدولة وحماية أموالها، فكان أول من أدخل نظام بيت المال[٦] لحفظ أموال المسلمين، ووضع الدواوين للعطاء[٧]، ولم يكتف بذلك إنما

---

(١) رواه أبو داؤد، ج٣، حديث رقم (٢٩٤٦) ؛ ومسلم، ج٦، ص١١.
(٢) رواه أبو داؤد، ج٣، حديث رقم (٢٩٤٣).
(٣) سورة الأنفال، الآية ﴿٢٧﴾.
(٤) سورة البقرة، الآية ﴿١٨٨﴾.
(٥) رواه أبو داؤد، ج٢، حديث رقم (١٥٥٦).
(٦) بيت المال: يطلق على الجهة التي تحفظ المال العام للمسلمين من النقود والعروض وغيرهما.
د. محمد عبد الغفار الشريف، البحث السابق، ص٢١٠ الهامش.
وذهب البعض إلى أن الخليفة أبا بكر الصديق ﷺ هو أول من أسس بيت المال فقد كان له بيت مال بالسنح (وهي إحدى محال المدينة) وبهذا يكون قد سبق عمر ﷺ في ترتيب بيت المال.
خولة شاكر الدجيلي، بيت المال نشأته وتطوره، مطبعة وزارة الأوقاف، بغداد، ١٩٧٦، ص٣٢.
(٧) تقي الدين أحمد بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار الكتاب العربي بمصر، ط٣، ١٩٥٥، ص٤١.

كـــان يقوم بالرقابة على إيرادات الدولة ونفقاتها، وشدد الرقابة على عماله الذين يـــتولون شـــؤون المســـلمين، فأرسى ما يعرف اليوم بإقرار الذمة المالية، فكان يحصـــي أمـــوال ولاته قبل ولايتهم وبعدها ليحاسبهم على ما زاد في أموالهم بعد الولاية مما لا يدخل في عداد الزيادة المشروعة، ومن تعلل منهم بالتجارة لم يقبل مـــنه دعـــواه فكان يقول لهم: إنما بعثناكم للإمارة لا للتجارة، وكان يرسل عيونه ورقـــباءه لكـــي يبلغوه ما ظهر وما خفي من أمور ولاته، فقد كانوا يقدمون إليه تقاريـــرهم وكان يتولى التأكد منها بنفسه، وكذلك كان يعقد اجتماعاً سنوياً للولاة خـــلال موســـم الحـــج فـــيوجه فـــيه تعليماته إلى الولاة حول شؤون إدارة أمور الدولة[1].

وقد استمرت حماية المال العام في عهد الدولتين الأموية والعباسية كما كانت علـــيه في عهد الرسول ﷺ والخلفاء الراشدين، وإن كانت قد اتسعت بإدخال نظام الـــتظلمات بتخصـــيص يـــوم لسماع تظلمات الرعية، مع ظهور نظام الحسبة في الإسلام بشكله المنظم[2].

والنوع الثالث هي الرقابة التي يقوم بها الشعب، وهي الرقابة الشعبية، إذ أن كـــل فـــرد فـــي هذه الأمة يباشر رقابة حقيقية على العمال والولاة الذين يديرون شؤون الدولة، حتى يحكموا بالعدل ويتبعوا الحق[3].

أبرز نظم حماية المال العام في الدولة الإسلامية :

عرفـــت الدولـــة الإســـلامية فـــي بدايـــة عهدهـــا أنظمة تتولى -إلى جانب اختصاصـــاتها المتعددة- اختصاصاً أخر هو الرقابة على الأموال العامة وحمايتها

والديـــوان موضوع لحفظ ما يتعلق بحقوق السلطنة من الأعمال والأموال ومن يقوم بها من الجيوش والعمال.
أبو يعلى، المرجع السابق، ص٢٣٦.

(١) عباس محمود العقاد، عبقرية عمر، دار المعارف بمصر، ١٩٧٦، ص١٤٥.
(٢) د. عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٤٨١-٤٨٢.
(٣) محمد صبري بن اوانج، المرجع السابق، ص٥٧.

مـــن الاعتداء. ومن ابرز هذه النظم، نظام الحسبة، ونظام والي المظالم، وسوف نوضح – بإيجاز – دور هذه النظم في حماية المال العام.

أولاً: نظام الحسبة:

الحســـبة (لغـــةً) بكســـر الحـــاء، اسم مصدر احتسب احتساباً وحسبة[1]، أما معناها: فتطلق على معنيين: الأول بمعنى الأجر، قال ابن منظور: (الحسبة مصدر احتســـابك الأجـــر علـــى الله)[2]، ويقول الزبيدي: (الحسبة بالكسر هي الأجر)[3]، والثانـــي بمعـــنى الإنكار، قال الزبيدي: (واحتسب فلان عليه، أي أنكر عليه قبيح عملـــه)[4]. واصطلاحاً هي (الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله)[5].

والحســـبة نظـــام مستمد من الشريعة الإسلامية فقد نص عليها القرآن الكريم والسنة النبوية واجمع العلماء على وجوبها، قال تعالى: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾[6]، وفي السنة النبوية أحاديث كثـــيرة تـــدل علـــى مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فقد ورد عن رســـول الله ﷺ قوله: ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فان لم يستطع فبلسانه، فـــان لـــم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان))[7]، وقد مارس الرسول ﷺ مهمة الحســـبة وقـــام بهـــا بنفســـه، فـــنهى عـــن الغش في البيع، وعن بيع الملامسة والمـــنابذة[8]، وعـــن بيع الطعام قبل قبضه[9]، واتبع سنته الخلفاء الراشدون من

(١) جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج١، مطابع كوستاتسوماكس، ب.ت، ص٣٠٥ محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار ليبيا للنشر والتوزيع، بنغازي، ب.ت، ج١، ص٢١٢.
(٢) لسان العرب، ج١، ص٣٠٥.
(٣) تاج العروس، ج١، ص٢١٢.
(٤) تاج العروس، ج١، ص٢١٣.
(٥) الماوردي، المرجع السابق، ص٣٦٢ ؛ ابو يعلى، المرجع السابق، ص٢٨٥.
(٦) سورة آل عمران، الآية ﴿١٠٤﴾.
(٧) رواه مسلم، ج١، ص٥٠.
(٨) بيع الملامسة: هو أن يلمس الرجل الثوب ولا يتبين ما فيه من عيوب أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه. وبـــيع المنابذة: هو أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الأخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل منهما: هذا بهذا. د. حمد العبد الرحمن الجنيدل، المرجع السابق، ص٥٧.
(٩) عبد العزيز بن محمد بن مرشد، نظام الحسبة في الإسلام، مطبعة المدينة، الرياض، ١٩٧٢، ص١٧.

بعده، وخاصة الخليفة عمر ابن الخطاب ﷺ، فقد مارس مهام الحسبة بنفسه فكان يراقب السوق والأسعار، وانتدب لمهمة الحسبة من يتولاها نيابة عنه، وكذلك الحال في عهد الخليفة علي بن أبي طالب ﷺ فكان يأمر بإبعاد ما يؤذي المسلمين في الطرق العامة[1].

وقد بدأت الحسبة في بدايتها محدودة، إلا أنه مع اتساع أرجاء الدولة الإسلامية ودخول أهل البلاد المفتوحة في الإسلام، كان لا بد من تطوير هذا النظام، لذلك اصبح للحسبة نظام خاص، فكان أولو الأمر يعينون من يتولى الحسبة نيابة عنهم ممن عرف بالعلم والتقوى، وظهر هذا التنظيم بشكل خاص في عهد الدولة العباسية[2].

والحسبة من فروض الكفاية، إذا قام بها البعض سقطت عن الآخرين، ولكنها قد تصبح فرض عين إذا عين شخص معين للقيام بها، فيلزمه القيام بها، ويشترط في المحتسب أن يكون مسلماً، عالماً، عادلاً، مكلفاً، مأذوناً له من ولي الأمر بالاحتساب[3].

اختصاصات والي الحسبة بالرقابة على الأموال العامة :

١. للمحتسب أن يراقب المرافق العامة، فيعمل على صيانتها من أموال بيت المال، فإن لم يكن فيه ما يكفي لذلك أمر القادرين من أهل البلد بالقيام بإصلاح هذه المرافق، قال الماوردي : (فالبلد إذا تعطل أو استهدم سوره أو كان يطرقه بنو السبيل من ذوي الحاجات فكفوا عن معونتهم، فان كان في بيت المال مال لم يتوجه عليهم فيه ضرر أمر بإصلاح شربهم وبناء سورهم وبمعونة بني السبيل في الاجتياز بهم، لأنها حقوق تلزم بيت

(١) موسى القبال، الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط١، ١٩٧١، ص٢٢-٢٣.
(٢) عبد العزيز بن محمد بن مرشد، المرجع السابق، ص٢٩-٣٠.
(٣) د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤، ص ٣١٥، ٣٢٣ وما بعدها.

المال، وكذلك لو استهدمت مساجدهم وجوامعهم، فأما إذا أعوز بيت المال كان الأمر ببناء سورهم وإصلاح شربهم وعمارة مساجدهم وجوامعهم ومراعاة بني السبيل فيهم متوجهاً إلى كافة ذوي المكنة منهم ولا يتعين أحدهم في الأمر به)[1]. فإنشاء الخدمات العامة كالطرق ومسايل المياه وصيانتها هما مسؤولية الدولة إذا كان لها ما يكفي من إيرادات، وإلا كان لها فرض الرسوم العادلة على المستفيدين من هذه الخدمات من اجل إدامتها وصيانتها[2].

٢. كذلك على المحتسب أن يراقب تحصيل إيرادات الدولة والأموال المستحقة لها، وأن يجبر من يمتنع عن دفع الزكاة بإخفاء أمواله على دفعها، قال أبو يعلى : (وأما الممتنع من إخراج زكاته، فان كان من الأموال الظاهرة أخذها العامل منه قهراً وعزره على الغلول إذا لم يكن له عذر، وإن كان من الأموال الباطنة احتمل أن يكون المحتسب أخص بالإنكار عليه من عامل الصدقة، لأنه لا إعتراض للعامل في الأموال الباطنة)[3].

٣. على المحتسب أن يراقب وجوه صرف الأموال العامة والكشف عن وجوه الإسراف في الإنفاق في غير الأبواب المخصصة لها شرعاً[4].

فنظام الحسبة في الدولة الإسلامية يعد أحد نظم الرقابة المالية والاقتصادية في الدولة، فمتولي الحسبة كما تبين يحول دون إنفاق موارد الدولة إلا في الوجوه المخصصة لها مع مراعاة الضوابط التي ترتبط بها عملية الإنفاق العام في الشريعة الإسلامية، وأهمها أن يكون الهدف من الإنفاق تحقيق المصلحة العامة من خلال مراعاة شرعية الإنفاق ويتحقق ذلك بعدم مخالفة ما ورد في

(١) الماوردي، المرجع السابق، ص٣٦٩-٣٧٠.
(٢) د. منذر القحف، المرجع السابق، ص٤٣ ؛ د. عبد الجليل هويد، مبادئ المالية العامة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص٩٤.
(٣) أبو يعلى، المرجع السابق، ص٢٩٢.
(٤) د. عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٤٨٨.

أحكام الشريعة فيما يتعلق بالإنفاق، وأن يكون معتدلاً من خلال مراعاة قاعدة ترشيد الإنفاق العام(١)، والالتزام بالترتيب الشرعي للأولويات فيقدم الواجب على المندوب، والمندوب على المباح، وكل منها على درجات متفاوتة(٢)، والحرص على تحصيل موارد الدولة من المكلفين بأدائها كاملة، والكشف عن المتلاعبين بأموال الدولة، ومحاربة وجوه الفساد.

ثانياً: ولاية المظالم:

النظر في المظالم هو قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة(٣). فالمجتمع الإسلامي شأنه شأن المجتمعات الأخرى، لا يخلو من وقوع الظلم من قوي على ضعيف، أو من مستغل لسلطته ممن يتولى أمور الناس، لذلك يباشر ولاة الأمر النظر في مظالم الناس حينما يعجز القضاء عن الحكم فيها ليردوا الحقوق إلى أهلها بما لهم من سطوة(٤). وقد نظر النبي ﷺ في المظالم في الشرب الذي تنازعه الزبير بن العوام ورجل من الأنصار، فكان أول من نظر في المظالم، إلا أن أول من أفرد للمظالم يوماً للفصل فيها كان عبد الملك بن مروان، ومن بعده عمر بن عبد العزيز قد انتدب نفسه للمظالم، ورد مظالم بني أمية على أهلها(٥).

ويشترط فيمن يتولى النظر في مظالم الناس أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع(٦).

(١) عبد الحي عبد العزيز عبد القادر، رقابة ديوان المحاسبة على النفقات العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩، ص٢٦-٢٧.
(٢) د. منذر القحف، المرجع السابق، ص٥٣.
(٣) أبو يعلى، المرجع السابق، ص٧٣.
(٤) د. عوف محمود الكفراوي، المرجع السابق، ص٤٩٣.
(٥) أبو يعلى، المرجع السابق، ص٧٤-٧٥.
(٦) الماوردي، المرجع السابق، ص١٢٧.

اختصاصات والي المظالم:

تنقسم اختصاصات والي المظالم إلى نوعين:

أ. النوع الأول:

الاختصاصات التي يتولاها والي المظالم من تلقاء نفسه، فلا يحتاج في تصفحها إلى متظلم لأنها تتعلق بشؤون الأمة فالنظر فيها يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، ويمكن حصر هذه الاختصاصات التي تتعلق بالمال العام فيما يأتي:

١. النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال فيرجع فيه إلى القوانين المتعلقة بها، فينظر فيما أخذوه زيادة عما هو مقرر لهم، فإن رفعوها إلى بيت المال أمر بردها، وأن أخذوها لأنفسهم استرجعها لأصحابها(١).

٢. يقوم بمراجعة كتاب الدواوين وما يثبتونه من الأموال من إيرادات ونفقات ليتأكد من صحة تقييدها بالديوان، ومطابقة ذلك على القوانين المعمول بها، ويتصفح أحوال ما وكل إليهم وما فيه من زيادة أو نقصان(٢)، فإذا ظهر على الجباة والكتبة ومتولي أعمال الدولة مظاهر الثراء من دون أن يعرف مصدره، كان ذلك دليلاً على خيانتهم، وارتشائهم، فيجوز عزلهم ومصادرة أموالهم، ما لم يثبتوا شرعية مصدر ثرائهم(٣).

٣. تصفح الأوقاف العامة وإن لم يكن فيها متظلم للتأكد من أن ريعها يجري وفقاً لشروط واقفيها، ومن أنها أنفقت فيما خصصت له.

٤. رد الغصوب السلطانية التي قد تغلب عليها ولاة الأمور كالأملاك

(١) أبو يعلى، المرجع السابق، ص٧٦.
(٢) الماوردي، المرجع السابق، ص١٣٣.
(٣) مصطفى أحمد الزرقا، ج٢، المرجع السابق، ص١٠٥٣.

المقبوضـــة عن أصحابها إما لرغبة فيها، وإما لتعد على أهلها، فإن علم والـــي المظـــالم بالغصب عند تصفح الأمور أمر برده قبل التظلم إليه من تلقاء نفسه[1].

ب. النوع الثاني:

اختصاصـــات لا يـــنظر فـــيها والي المظالم إلا بناء على مظلمة تقدم إليه من أصحاب الشأن وأهمها:

١. مراجعة ديوان فرض العطاء إذا ما تظلمت المرتزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم، فينظر فيما نقص أو منع فأن أخذه ولاة أمورهم استرجعه منهم، وإن لم يأخذوه قضى بدفعه من بيت المال[2].

٢. رد الأمـــوال التي غصبها أصحاب السلطة وتصرفوا فيها تصرف المالكين بالقهـــر والغلـــبة، وهـــو لا ينظر في هذه المظلمة إلا إذا تظلم أصحابها، ويـــنزع المـــال مـــن يد غاصبها إذا ما أعترف بغصبها أو إذا علم والي المظـــالم بالغصـــب فـــيحكم بعلمه (وهو أمر فيه خلاف)، أو بالبينة، أو بتظاهر الأخبار التي ينفى عنها التواطؤ[3].

أوجه الاتفاق والاختلاف بين ولاية الحسبة وولاية المظالم:

أمـــا وجـــه الاتفاق فيظهر في أن كليهما يتصف بالرهبة، فيكونان على جانب كبير من الهيبة والغلظة على المفسدين والظلمة، وإلا فأنه من دون ذلك لا تتحقق الغايـــة مـــنهما ولا ترد الحقوق إلى أهلها، وأن لكل من متوليهما التعرض للفساد والعدوان وإن لم يكن من مدعي أمامهما بذلك[4].

---

(١) أبو يعلى، المرجع السابق، ص٧٧-٧٨.
(٢) الماوردي، المرجع السابق، ص١٣٤.
(٣) أبو يعلى، المرجع السابق، ص٧٨.
(٤) عبد العزيز بن محمد بن مرشد، المرجع السابق، ص٥٦.

أما وجه الاختلاف، فيظهر في أمرين: أحدهما أن النظر في المظالم يكون فيما يعجز عنه القضاة، والنظر في الحسبة موضوع لما رفه عنه القضاة، لذلك فان درجة المظالم أعلى من الحسبة، وثانيهما أنه يجوز لوالي المظالم أن يحكم ولا يجوز لوالي الحسبة أن يحكم[1].

يتبين مما تقدم أهمية وظيفة والي المظالم في الدولة الإسلامية، فقد كان يتولى النظر في المظالم من بيده السلطة من الخلفاء، أو من يولونه للقيام بها نيابة عنهم، فوالي المظالم يجمع بين سلطة القضاء والتنفيذ، فيقوم بالرقابة على النفقات العامة للدولة، ورد الأموال المغصوبة التي يغتصبها أصحاب السلطة لأصحابها، ويجري الأوقاف وفقاً لشروط واقفيها، ويراقب جباية الأموال العامة، ويتصفح أحوال كتاب الدواوين. وهو بذلك يقوم بدور الرقابة المالية على إيرادات الدولة ونفقاتها للتأكد من موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

(١) الماوردي، المرجع السابق، ص٣٦٦.

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في مفهوم المال العام ونظم حمايته في الشريعة الإسلامية، نختم بحثنا ببيان لأهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها.

١. تبين لنا من خلال البحث إن الشريعة الإسلامية قد أقرت بوجود نوعين من الأموال، المال الخاص والمال العام، إذ عرف المال العام بأنه (المال الذي لا يدخل في الملك الفردي، إنما هو لمصلحة العموم ومنافعهم)، فهذه الأموال تتعلق بمصالح الناس جميعهم، إذ ينتفع بها جميع أفراد المجتمع دون أن تخضع لسيطرة فرد معين.

٢. إن أهم عناصر الملكية الجماعية في الشريعة الإسلامية تتمثل في الأموال التي لا تجيز الشريعة الملكية الخاصة فيها فتكون ملكيتها عامة، وفي الأموال التي تؤول من ملكية الأفراد إلى الملكية العامة والأعيان التي تعلق بها حق الله تعالى أو التي يكون للدولة عليها الولاية وتبقى على حكم الملكية العامة، وفي الأموال التي يتساوى الناس جميعاً في الانتفاع بها أو في الأموال التي لا تتفق قيمتها مع العمل المبذول فيها وفي الحمى.

٣. إن الشريعة الإسلامية قد عرفت التمييز بين نوعين من الأموال العامة، فالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة يكون لها وضعها الخاص فلا يمكن التصرف فيها، ولا تصح الملكية الخاصة فيها إنما تعد لمصلحة المسلمين كافة، وما ليس كذلك من الأموال المملوكة لعامة المسلمين تكون لها أيضاً أحكامها الخاصة، وهذا يقابل ما هو معروف من تقسيم في الفقه الوضعي للأموال العامة، إذ تقسم الأموال العامة من حيث أحكامها إلى نوعين، فمنها ما يكون مخصصاً للنفع العام وهي ما يطلق عليها الأموال العامة (الدومين العام) وهي تخضع لنظام قانوني يختلف عن أحكام القانون الخاص، أما النوع

الثانـــي فهـــي أموال الدولة الخاصة (الدومين الخاص)، وهي الأموال التي لا تخصـــص للـــنفع العام وتملكها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لغرض استثمارها واستغلالها وذلك من أجل إنماء موارد الدولة وزيادتها.

٤. إن الشـــريعة الإسلامية قد وضعت النظم الرقابية التي تكفل حماية المال العام وصيانته من أجل الحفاظ عليه وتنظيم استخدامه فيما خصص له من أهداف، ومن أبرز هذه النظم نظام الحسبة ونظام والي المظالم.

المراجـع

١. القرآن الكريم

٢. د. إبراهـيم عـبد العزيـز شيحا، أصول القانون الإداري، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها- دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٣. أبـو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، الهداية شرح بداية المنتهى، جـ٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ب.ت.

٤. أبـو الحسـن علـي بن محمد بن حبيب الماوردي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٩.

٥. أبـو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، جـ٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ب.ت.

٦. أبـو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، جـ٢، ط١، دار الأندلس، بيروت، ١٩٦٦.

٧. أبـو بكـر محمد بن عبد الله العربي، أحكام القرآن لابن العربي، جـ١، تحقيق علي محمد الجياري، دار المعرفة، بيروت، ب.ت.

٨. أبـو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الامام الشافعي، جـ١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٩.

٩. أبـو داؤد سـليمان ابـن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داؤد، ج٣، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨.

١٠. أبـو يوسـف يعقـوب بن ابراهيم، كتاب الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٩.

١١. أبو عبيد القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق وتعليق محمد خليل هراس، ط١ دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.

١٢. أبـو محمـد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، مطبعة الإمام، القاهرة، جـ٣، ب.ت.

١٣. أبـو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٩٦٦.

١٤. أحمد ابراهيم، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٩٣٦.

١٥. أحمـد بـن تيمـية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار الكتاب العربي بمصر، ط٣، ١٩٥٥.

١٦. أحمـد بـن تيمية، مجموع فتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩١.

١٧. أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لاقرب المسالك على الشرح الصغير، جـ١ ، مطبعة دار المعارف بمصر، ب.ت.

١٨. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٨٦.

١٩. د. أمـيل تـيان، محاضرات عن أحكام المياه والمناجم والمقالع والأثار، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٧.

٢٠. د. بـدران أبـو العينيـن بـدران، الشريعة الإسلامية تأريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ب.ت.

٢١. بطرس البستاني، قطر المحيط، جـ١، مكتبة لبنان، بيروت، ب.ت.

٢٢. جـــلال الديـــن بن عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ب.ت.

٢٣. جمـــال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، جـــ١، مطابع كوستاتسو ماكس، ب.ت.

٢٤. د. حمد العبد الرحمن الجنيدل، نظرية التملك في الإسلام، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٣.

٢٥. خولـــة شاكر الدجيلي، بيت المال نشأته وتطوره، مطبعة وزارة الأوقاف، بغداد، ١٩٧٦.

٢٦. د. سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، ط١، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ١٩٧٦.

٢٧. ســـيف الديـــن أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، جـــ٦، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط١، ١٩٨٨.

٢٨. شـــهاب الدين أحمد بن ادريس الصنهاجي القرافي، الفروق، جـــ٣، ط١، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، ١٩٤٧.

٢٩. عباس محمود العقاد،، عبقرية عمر، دار المعارف بمصر، ١٩٧٦.

٣٠. عـــبد الحي عبد العزيز عبد القادر، رقابة المحاسبة على النفقات العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩.

٣١. د. عـــبد الجلـــيل هويد، مبادئ المالية العامة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.

٣٢. د. عـــبد العزيـــز العلـــي النعيم، نظام الضرائب في الإسلام، ط٢، مؤسسة عبد الحفيظ البساط، بيروت، ١٩٧٥.

٣٣. د. عـبد العزيـز بن محمد بن مرشد، نظام الحسبة في الإسلام، مطبعة المدينة، الرياض، ١٩٧٢.

٣٤. د. عـبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤.

٣٥. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جـ٦، ط١، المطبعة الجمالية بمصر، ١٩١٠.

٣٦. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة،١٩٦٩.

٣٧. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٤.

٣٨. د. عـوف محمود الكفراوي، سياسة الإنفاق العام في الإسلام وفي الفكر المالي الحديث، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٢.

٣٩. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، جـ٦، ط١ ، المطبعة الأميرية ببولاق، ب.ت.

٤٠. كمـال الديـن محمـد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، جـ٥، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ١٣١٦ هـ،١٨٩٦م.

٤١. محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، جـ٤، المطبعة الميمنية، القاهرة، ب.ت.

٤٢. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.

٤٣. محمـد أبـو زهرة، محاضرات في المجتمع الإسلامي، مطبعة يوسف، القاهرة، ب.ت.

٤٤. محمــد بن إدريس الشافعي، الأم، جـ٤، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، ط١، ١٩٦١.

٤٥. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، جـ٥، ط١، ب.م، ب.ت.

٤٦. محمــد زيد الابياني، محمد سلامة الستجلقي، شرح مرشد الحيران، جـ١، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٥.

٤٧. د. محمــد ســعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ط٥، مكتبة الفارابي، دمشق، ١٩٩٤.

٤٨. محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط٢، دار القلم، القاهرة، ١٩٦٤.

٤٩. محمــد صبري بن اوانج، الخصخصة، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٠.

٥٠. د. محمــد عــبد الجــواد محمد، ملكية الأراضي في الإسلام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٧٢.

٥١. محمــد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جـ٤، ط١، ب.م، ١٩٢٧.

٥٢. د. محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، ط١، دار بور سعيد للطباعة، الإسكندرية، ١٩٧٤.

٥٣. د. محمــد فــاروق النبهاني، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠.

٥٤. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار ليبيا للنشر والتوزيع، بنغازي، ب.ت.

٥٥. محمــد مصــطفى شــلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.

٥٦. محمــد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط١، ب.م. ١٩٥٢.

٥٧. مصطفى احمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخــل الفقهي العام، ط٩، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٨.

٥٨. د. منذر القحف، السياسات المالية دورها وضوابطها في الاقتصاد الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٩٨.

٥٩. موســى القبال، الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط١، ١٩٧١.

٦٠. موفــق الديــن ابــن قدامة، وشمس الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، جــ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢.

٦١. موفــق الديــن عــبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، المقنع، جــ٢، المطبعة السلفية، ب.ت.

٦٢. د. محمــد عبد الغفار الشريف، زكاة المال العام، مجلة الحقوق، العدد ٤، السنة ٢٢، ١٩٩٨.

٦٣. مجلــة الأحكــام العدلــية، تصــحيح الشيخ يوسف الأسير، ط٣، مطبعة الآداب، بيروت، ب.ت.

٦٤. موســوعة جمــال عــبد الناصــر في الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، جــ٣، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٠.

العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة

د. محمد وليد هاشم المصري*

ملخص البحث:

بُدأ البحث بمقدمة حول أهمية العقد الدولي في العلاقات الدولية سواء بالنسبة للأفـراد أو الـدول، ثم عرضنا في مبحثين تناولنا في المبحث الأول: حول مفهوم العقد الدولي والتطرق لمعيار التمييز بين العقد الداخلي والعقد الدولي وقسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول منها حول التعريف بالمعيارين القانونـي والاقتصـادي متعرضـين لهذيـن الاصطلاحين بالشرح في إطار الفقه والقضـاء، أمـا المطلب الثاني فقد تناولنا فيه حول تأرجح الاجتهاد القضائي بين التطبـيق المتـناول والتطبيق الجامع للمعيارين القانوني والاقتصادي في القضاء الفرنسي. أما المطلب الثاني فكان حول تقديمنا لموقف الاجتهاد القضائي موضحين رأيـنا في هذا التقدير. ثم تناولنا المبحث الثاني عن القانون الواجب التطبيق على العقـد الدولـي، وقد تعرضنا لتنازع حكم العقد الدولي في القوانين تحت مطلبين، المطلـب الأول حول اختيار الأطراف لقانون العقد أي الانتصار لمبدأ قانون الإرادة مفردين مجالاً في البحث حول أساس مبدأ قانون الإرادة وأشكال الاختيار الإرادي، وفـي المطلب الثاني عن تحديد قانون العقد في غياب اختيار الأطراف وقد أفردنا مجـالاً للبحث حول موقف القوانين العربية وتقديرنا نحو تبني قاعدة إسناد مرنة وقد انتهينا لخاتمة حول النتائج المترتبة على تغير مفهوم العقد.

أستاذ مساعد – بكلية الحقوق جامعة البحرين وعضو هيئة التدريس بجامعة دمشق وعضو هيئة التدريس وباحث بجامعة ستراسبورغ – فرنسا سابقاً.

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي.

المطلب الأول: التعريف بالمعيارين القانوني والاقتصادي.

المطلب الثاني: تأرجح الاجتهاد القضائي بين التطبيق المتناوب والتطبيق الجامع للمعيارين القانوني والاقتصادي.

المطلب الثالث: تقدير موقف الاجتهاد القضائي (رأينا: نحو تفضيل المعيار الاقتصادي).

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

المطلب الأول: اختيار الأطراف لقانون العقد (مبدأ قانون الإرادة).

أولاً: أساس مبدأ قانون الإرادة.

ثانياً: أشكال الاختيار الإرادي.

ثالثاً: مدى حرية الأفراد في اختيار قانون العقد.

المطلب الثاني: تحديد قانون العقد في غياب اختيار الأطراف.

أولاً: موقف القوانين العربية.

ثانياً: تقديرنا (نحو تبني قاعدة إسناد مرنة).

خاتمة: النتائج المترتبة على تغير مفهوم العقد.

مقدمة:

فـــي الوقـــت الراهن، يحتل العقد مركز الصدارة في العلاقات الدولية الخاصة سواء بالنسبة للأفراد، باعتباره مصدراً هاماً لتحقيق الأرباح في عالم أصبحت فيه الحـــدود مفـــتوحة أمـــام تدفق رؤوس الأموال والخدمات عبر الدول، أو بالنسبة للدولـــة التـــي باتت تسارع في إصدار القوانين التي تشجع المستثمرين وتمنحهم الضمانات اللازمة لإبرام عقودهم وتنفيذها بكل اطمئنان وثقة.

فـــي ظـــل هذه الظروف، لا يمكن لمفهوم العقد الدولي إلا أن يتأثر: فإذا كانت الإرادة قـــد لعبت دوراً جوهرياً في الالتزامات التعاقدية خلال القرن التاسع عشر، فهـــل تطـــور دورهـــا أكـــثر أو تـــراجع في القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين؟

وهل اختلف تبعاً لذلك مفهوم العقد لاختلاف بعض المفاهيم في القانون الدولي الخاص؟

هل يتمتع العقد الدولي اليوم بالمفهوم ذاته الذي عرفه منذ قرنين وأكثر؟ هل تعـــالج المشـــاكل التـــي يطرحها سواء فيما يتعلق بمفهومه أو بالقانون الواجب التطبيق عليه بالطريقة ذاتها المعروفة حتى الآن؟

حتى هذه اللحظة، ينظر إلى العقد الدولي بأنه ليس إلا صورة للعقد المعروف في العلاقات الداخلية مع اختلاف واحد يعود إلى احتواء العقد الدولي على عنصر أجنبـــي. يكرس هذا المفهوم في مضمونه نظرة قانونية تقليدية تضع دور الدولة في المقدمة.

وقد يبدو هذا المفهوم صحيحاً للوهلة الأولى، لأن القانون يتطور ضمن نطاق المجتمع في كل دولة، وهذه الأخيرة هي التي تعدله لتوافقه مع حاجاتها وحاجات مؤسســـاتها. ومـــن جهة أخرى، أليس من مهام القانون الدولي الخاص الأساسية تحقـــيق الـــتعايش بين الأنظمة القانونية المختلفة؟ وعليه، فإن العقد الدولي وفق

هذه النظرة لا يتمتع بوجود مستقل بذاته وإنما بكيان مرتبط بالمجتمع الذي يطبق عليه القانون الدولي الخاص لكل دولة.

في ظل هذا المفهوم، فإن العقد الدولي لا يطرح سوى مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليه بسبب تضمنه لعنصر أجنبي واحد أو أكثر، فما على القانون الدولي الخاص إذن إلا أن يلحقه بإحدى الأنظمة القانونية التي يتصل بها ليطبق عليه أحد القوانين الأشد ارتباطاً به.

ولكن قد تعجز قواعد التنازع عن تحديد القانون الواجب التطبيق فيصبح العقد بدون قاعدة، أو قد يشكل هذا الأخير كياناً قائماً ومستقلاً بذاته، ويرفض الارتباط بنظام قانوني معين. وهنا نصل إلى النظرة الثانية: للعقد الدولي كيان مستقل بذاته، وهذا على الأقل ما تؤكده التجربة العملية. في الواقع، نلاحظ بأنه على الرغم من خضوع العقد الدولي للقانون الوطني لدولة ما، فإنه يخضع أيضاً بالنسبة لكثير من الأنظمة القانونية لقواعد خاصة تمليها صفته الدولية. وعليه، إذا اعتبر عقد ما دولياً بسبب مشكلة تنازع القوانين التي تثيرها عناصره الأجنبية، فإنه يمكن أن يعتبر دولياً أيضاً من منظار آخر عندما يتوقف النظام القانوني المطبق عليه عن النظر إليه فحسب من خلال مقارنته بعقد داخلي مشابه له.

يتوجب إذاً في ظل هذه المتغيرات إلقاء نظرة جديدة على العقد الدولي الذي يوليه القانون الدولي الخاص أهمية متزايدة ولا سيما مع انتشار وتوسع مفهوم التجارة العالمية وحرص الدول على تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال إليها.

لذا، سنبحث تباعاً في هذه الدراسة:

في مفهوم العقد الدولي (المبحث الأول).

وفي القانون الواجب التطبيق عليه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم العقد الدولي

le concept du contrat international

تختلف الحلول المطبقة على العقد باختلاف طبيعته، فالعقد الداخلي البحت تحكمه القواعد الوطنية ويخضع للقواعد الآمرة بحيث لا تستطيع إرادة الأفراد لوحدها تجاوز هذه القواعد أو مخالفتها، كما أن مشكلة تنازع القوانين لا تثار أصلاً بشأن هذا العقد الذي لا يحكمه إلا القانون الداخلي للدولة التي ينتمي إليها، وهو غالباً قانون القاضي Lex fori.

على العكس من ذلك، تثار هذه المشكلة بشأن العقد الدولي الذي يمكنه التخلص من سلطة القواعد الآمرة في دولة ما بخضوعه للقانون الذي تحدده إرادة الأطراف وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره من المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص (١).

فما هو معيار التمييز بين العقد الداخلي والعقد الدولي؟

يتمتع هذا التساؤل بأهمية بالغة إذ لا يمكن للمحاكم الوطنية التسليم المطلق بإرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون أجنبي لمجرد أنه يوفر لهم تسهيلات متعددة لا يقدمها لهم القانون الوطني، في حين أنه لا يوجد في هذا العقد أي عنصر يبرر منحه الصفة الدولية.

---

(١) J. M. Jacquet, Le contrat international.. Dalloz, 1992 " L'incorporation de la loi dans le contrat". Trav. Com. Fr. Dr. int. Pr. 1993 - 1995, P. 23.

فالمحـــاكم الســـورية مـــثلاً لا تقبل بتطبيق قانون أجنبي على عقد داخلي في جميع عناصره لمجرد أن المتعاقدين قرروا ذلك بهدف التملص من القواعد الآمرة في القانون السوري.

وعليه، إذا كانت الإرادة تلعب دوراً هاماً في نطاق العلاقات التعاقدية ولا سيما فـــيما يخـــص تحديـــد القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أنها لا تكفي لمنح الصفة الدولية لهذه العقود[١].

يتوجـــب إذن علـــى القاضـــي الـــناظر بالنزاع تكييف العقد وإعطائه الوصف القانوني الملائم بهدف التأكد من حقيقة الحلول المطبقة عليه.

وقـــد تنازع الفقه[٢] وأحكام محكمة النقض في فرنسا لمعيارين لتحديد الصفة الدولية للعقد، فطبق أحد المعيارين تارة، بينما طبق المعيارين معاً تارة أخرى.

سنبحث تباعاً ما يلي:

المطلب الأول: التعريف بالمعيارين القانوني والاقتصادي.

المطلـــب الثانـــي: تـــأرجح الاجتهاد القضائي بين التطبيق المتناوب والتطبيق الجامع للمعيارين.

المطلـــب الثالـــث: تقديـــــر موقـــف الاجتهاد القضائي (نحو تفضيل المعيار الاقتصادي) [٣].

---

(١) هـــذا مـــا أكدتـــه اتفاقـــية لاهاي تاريخ ١٩٥٥/٦/١٥ (المادة الأولى) واتِفاقية روما المتعلقة بالبيع الدولـــي المبرمة بتاريخ ١٩٨٠/٦/١٩ والنافذة بين الدول الأعضاء اعتبارا من ١٩٨٨/١/١ أنظر، Dominiqe Holleaux, Droit international prive, MASSON,1987, P.602, No 1404.

(٢) د. سامي منصور، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بيروت، ١٩٩١، ص ٢٣٨.

(٣) انظـــر أحكام محكمة النقض الفرنسية التي أستشهد بها د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٢٣٨ وما بعدها.

المطلب الأول

التعريف بالمعيارين القانوني والاقتصادي

أولاً: المعيار القانوني Critère Juridique

وبموجبه يعتبر العقد دولياً إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة، أي إذا تضمن عنصراً أجنبياً واحداً على الأقل [1] سواء أكان ذلك العنصر شخصياً كجنسية الأطراف المتعاقدة أم موضوعياً كمحل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه.

وعليه، إذا أبرم شخص سوري الجنسية عقداً مع آخر أردني الجنسية، فإن هذا العقد يعتبر دولياً. ويعتبر دولياً أيضاً العقد الذي يبرمه أردنيين في بلد أجنبي.

على الرغم من وضوح هذا المعيار وسهولته العملية (إذ يكفي أن يتضمن العقد عنصراً أجنبياً للقول بأنه دولي)، إلا أنه لا يكفي لوحده لتقرير الصفة الدولية للعقد. في الواقع، قد يكون وجود العنصر الأجنبي في العقد مجرد أمر عرضي ولا يمت بأي صلة بالتجارة الدولية أو بمصالحها. فعلى سبيل المثال، لم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بهذا المعيار ورفضت الاعتراف بالصفة الدولية لعقد أبرم في فرنسا بين فرنسيين اتفقا على أن يمثل أحدها الآخر في كولومبيا [2].

---

(١) محكمة استئناف باريس ١٩/٦/١٩٧٠، Rev. Crit.dr.int.pr.، ١٩٧١، ص ٦٩٢. وصدقته محكمة أيدته ٤/٧/١٩٧٢، Rev. Crit.dr.int.pr.، ١٩٧٤، ص ٨٢.

(٢) Rev. Crit.dr.int.pr.، ١٩٨١، ص ٣١٣.

ثانياً: المعيار الاقتصادي Critère économique

وهـــو الذي يبني الصفة الدولية للعقد على أساس الطبيعة الاقتصادية الدولية التي يكرسها ويتجلى ذلك من خلال المبدأين الرئيسين التاليين:

١- يكون العقد دولياً إذا نتج عنه انتقال للبضائع ورؤوس الأموال والخدمات عـــبر الحدود. وهذه وجهة نظر الفقيه ماتير Matter والتي تبنتها محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ ١٩٢٧/٥/١٧[١].

٢- وهـــو أيضـــاً العقـــد الـــذي يتضـــمن عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي[٢].

تكمـــن صعوبة هذا المعيار في تحديد الفاصل بين الاقتصاد الوطني والاقتصاد الدولي في عالم تشابكت فيه المصالح الاقتصادية للدول وتعقدت لدرجة أن مسألة الحـــدود بيـــن هـــذه المفاهيم باتت في غاية الصعوبة في كثير من الحالات. لهذا الســـبب، طـــرح المعيار الاقتصادي الذي يمنح العقد الصفة الدولية إذا كان يحقق مصـــالح الـــتجارة الدولية[٣]. فالعقد الدولي بموجب هذا المفهوم هو الذي يؤدي موضـــوعه إلـــى تســـهيل هذه التجارة باستبعاده للقواعد القانونية الداخلية التي تعيقها.

وعلـــيه، نجـــد عند التحليل الموضوعي للاجتهاد القضائي بأنه يستند إلى هذا المعـــيار لتطبيق قواعد قد تتعارض مع الأحكام الآمرة في القانون الداخلي، ولكنها تحقق مصلحة التجارة الدولية، فهو يقبل على سبيل المثال:

- بند الوفاء بالذهب ضمن بعض الشروط في الايفاءات الدولية[٤].

---

(١) Dalloz، ١٩٢٨، ص ٢٥٠.
(٢) نقض فرنسي مدني، ١٩٣٤/٢/١٤. Dalloz، ١٩٣٤، ص ٧٣.
(٣) نقض فرنسي مدني، ١٩٣٠/٢/١٩، سيري، ١٩٣١، ص ٥١٥.
(٤) انظـــر باتـــيفول ولاغـــارد، القانون الدولي الخاص، ط٢، باريس مكتبة L.G.D.J، ١٩٩٣٠، فقرة ٦١٣، انظـــر أيضـــا بيشميت، دراسة المشاكل النقدية في العقود الدولية الخاصة، دكتوراه، باريس،

- صحة الوفاء بالعملة الأجنبية.
- صحة شرط التحكيم في العقد.

مـن هـنا، نجـد بـأن المعيار الاقتصادي القائم على تحقيق مصلحة التجارة الدولـية يمكـن أن يـؤدي إلى اعتبار العقد دولياً وإن لم يظهر من عناصره أي اتصال مع أي نظام قانوني أجنبي، أي وإن بدا في ظاهره داخلياً خالصاً.

مـن جهة أخرى، قد يكون العقد داخلياً، ولكنه يعتبر دولياً عندما يشكل جزءاً من سلسلة عقود تتصل في مجموعها بمصالح التجارة الدولية وتحركها. وهذا ما ابـتدعه الاجتهاد الفرنسي تحت تسمية سلسلة العقود **Chaine des contrats** التي لو نظر فيها لكل عقد على حدة لاعتبر هذا العقد داخلياً، بينما لو أُخذت بعين الاعتـبار الرابطة الاقتصادية التي تجمع بين عقودها لاعتبرت جميعها عقداً واحداً يحقق مصالح التجارة الدولية.

وتطبـيقاً لهذا المبدأ، وافقت محكمة النقض الفرنسية بشأن سلسلة عقود بيع متعاقـبة على قبول دعوى المشتري الثانوي بمواجهة البائع الأصلي مباشرة على أسـاس المسـؤولية الـتعاقدية التـي أخضعتها للقانون الواجب التطبيق بموجب القانون الدولي الخاص، وليس للقانون الوطني الذي كان سيحكم العقد أصلاً لو تم النظر إليه بشكل مستقل عن سلسلة العقود(١).

١٩٧٣. أنظـر أيضـاً، د. هشـام صـادق، القـانون الواجـب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الأسكندرية ١٩٩٦ ص ١٠٥ وما بعدها.

(١) نقض فرنسي ١٩٦٣/٢/٤، المجلة الأسبوعية الحقوقية J.C.P، ١٩٦٣، رقم ١٣٥١٩.
- فرانسوا ريجو، "سيادة الدولة والتحكيم اللاوطني، دراسات جولدمان، ص ٢٦٥.
- ليكليرك، "سلسلة العقود في القانون الدولي الخاص"، مجلة القانون الدولي، ١٩٩٥، ص ٢٦٧.

المطلب الثاني

تأرجح الاجتهاد القضائي بين التطبيق المتناوب والتطبيق الجامع للمعيارين القانوني والاقتصادي

تأرجحت أحكام محكمة النقض الفرنسية بين المعيارين لإسباغ الصفة الدولية على العقد.

فقد أخذ بالمعيار الاقتصادي وحده مستنداً إلى الآثار التي تنجم عن العقد في تحريك الأموال وانتقال البضائع من بلد إلى آخر حتى ولو كان كلا المتعاقدين من جنسية واحدة، أو مقيمان في بلد واحد(١).

كما أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمعيار القانوني لوحده لترفض منح الصفة الدولية للعقد الذي أبرم بين فرنسيين بشأن تمثيل أحدهما للآخر في كولومبيا كما سبق ورأينا.

وقد تبنت محكمة استئناف باريس المعيارين معاً في قرار جاء فيه:"... إن العقد الذي أبرم في السويد وفي فرنسا بين شركة تجارية سويدية وأخرى فرنسية هو عقد دولي لاتصاله بأنظمة قانونية لدول مختلفة (وهنا نجد المعيار القانوني) فهو يتمتع بالصفة الدولية بسبب مكان الإبرام والاختلاف في جنسية الأطراف المتعاقدة وبسبب موضوعه الأساسي (وهنا يبدأ المعيار الاقتصادي) بإعطائه صلاحيات لوكيل في فرنسا للقيام فيها بأعمال قانونية باسم شركات أجنبية بهدف تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج. وعليه، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد كهذا - مهما تكن طبيعة الالتزام فيه: مدنية أم تجارية أم مختلطة - هو مشروع وصحيح..."(٢).

---

(١) نقص فرنسي، ٩ شباط ١٩٣٠، داللوز سيري، ١٩٣١، ص ٥١٤.
(٢) استئناف باريس ١٩٨٤/١١/٩، Rev. Crit.dr.int.pr.، ١٩٨٧، ص ٨٢٤.

وأخذت محكمة النقض الفرنسية بالمعيارين معاً في قضية IMPEX بتاريخ ١٩٧١/٥/١٨[1] حيث اعترفت بالصفة الدولية لشرط التحكيم الوارد ضمن عقود متعلقة "بتصدير كمية من الشعير من فرنسا إلى إيطاليا تم بيعه من قبل شركة فرنسية مركزها في فرنسا إلى شركات إيطالية مركزها الرئيسي في إيطاليا". بالنسبة لمحكمة النقض، تتضمن هذه العقود عدة عناصر أجنبية (المعيار القانوني) وتمس بالوقت ذاته بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

المطلب الثالث

تقدير موقف الاجتهاد القضائي

(رأينا: نحو تفضيل المعيار الاقتصادي)

لا يكفي برأينا الاعتماد على المعيار القانوني لإسباغ الصفة الدولية للعقد. فلا يكفي مثلاً اختلاف جنسية المتعاقدين فحسب للاعتراف للعقد بهذه الصفة وإخضاعه لقانون أجنبي. مثال: لا يعتبر دولياً عقد البيع المبرم في الأردن بين تاجر سوري مقيم في المملكة الأردنية الهاشمية وتاجر أردني آخر بشأن بضاعة أردنية بهدف تسويقها في الأردن. أيعقل اعتبار العقد دولياً هنا بمجرد الاستناد إلى الجنسية السورية للمتعاقد فحسب؟!

أيعقل منح الصفة الدولية لأعمال التسوق التي يقوم بها الزبائن الأردنيين لدى بقالية يملكها سوري مقيم في إحدى حارات عمان منذ ثلاثين سنة مثلاً؟!

(١) Dalloz، ١٩٧٢، ص ٣٧، تعليق الكسندر.

كمـــا لا يعتـــبر دولـــياً العقد المبرم بين شركة فرنسية وتاجر فرنسي ليتولى تمثـــيلها فـــي كولومبيا ولو تضمن بنداً تحكيمياً يعطي الاختصاص في حال النزاع إلـــى غـــرفة الـــتجارة الدولية. هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في دعوى إبطـــال العقـــد التـــي رفعـــتها الشركة الفرنسية أمام محكمة بداية باريس، إلا أن المدعـــى علـــيه دفع بعدم اختصاص هذه المحكمة لوجود شرط تحكيمي في العقد يمـــنح الاختصاص لغرفة التجارة الدولية. أخذت محكمة البداية بهذا الدفع وأعلنت عـــدم اختصاصـــها معتـــبرة العقـــد دولـــياً، غير أن محكمة النقض نقضت الحكم واعتـــبرت العقـــد داخلياً بحت "... لأن كلا المتعاقدين من الجنسية الفرنسية وقد نصـــت إرادتهمـــا علـــى إخضاع العقد للقانون الفرنسي، كما أن عملة الدفع هي الفـــرنك الفرنســـي وكذلك الفرنسية هي لغة العقد. وبالتالي، يكون البند التحكيمي باطلاً لأنه لم يرد في عقد دولي... "[١].

صـــحيح أن المعـــيار القانوني (أي اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني) يكفي نظـــرياً لإثارة مشكلة تنازع القوانين، إلا أنه يتوجب على القاضي مسبقاً التأكد ما إذا كانـــت ضوابط الإسناد في العقد (كالجنسية ومحل إبرام العقد ومحل تنفيذه...) كافـــية بحـــد ذاتها لتنزع عنه صفته الوطنية. فلو عدنا إلى مثالنا السابق المتعلق بـــالعقد المـــبرم بين السوري والأردني لوجدنا أن العقد يرتبط موضوعياً بالنظام القانوني الأردني فقط، وبالتالي لا يمكن اعتباره دولياً.

من جهة أخرى، قد لا يكون في بعض الأحيان المعيار الاقتصادي كافياً لوحده لمـــنح الوصف الدولي للعقد، بسبب عدم الأهمية الاقتصادية للعقد على المستوى الدولـــي، فلا يمكن مثلاً اعتبار الأردني الذي يتسوق في سورية أثناء زيارته لها بأنـــه أبرم عقداً دولياً! فشراء الملابس والأطعمة أو حتى البضائع بكميات قليلة لا تحقـــق فكـــرة التجارة المتعلقة بالاقتصاد الدولي، بينما لو قام هذا الأردني بشراء

(١) Rev.Crit.dr.intr.pr، ١٩٨١، ص ٣١٣.

كمـــية كبيرة من البضائع ونقلها إلى الأردن ليبيعها هناك، أو لينقلها بعد تحويلها مـــن الأردن إلـــى بلاد أجنبية، فإن العقد هنا يعتبر دولياً لتحقيقه مصلحة التجارة الدولية.

بالوقت ذاته، لا يمكن إنكار توافر المعيار القانوني للصفة الدولية للعقد بمجرد توافر المعيار الاقتصادي فيه.

نعتقد في نهاية المطاف بأنه بمجرد اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية فإن هـــذا يعني تضمنه لعنصر أجنبي، أي أن مجرد توافر المعيار الاقتصادي في العقد يعني بالضرورة توافر المعيار القانوني أيضاً فيه لهذا السبب.

طـــبق الاجـــتهاد القضـــائي الفرنسي حديثاً المعيار الاقتصادي لوحده في عدة قضايا ومنها على سبيل المثال القضية التي فصلتها محكمة استئناف باريس لسنة ١٩٨٥.

في هذه القضية، أبرم العقد ونفذ بين متعاقدين فرنسيين ومقيمين في فرنسا. رغـــم ذلك، اعتبرت محكمة الاستئناف هذا العقد دولياً لأنه يمس بمصالح التجارة الدولـــية، لأن المشـــتري الفرنسي تصرف لحساب شركة أجنبية وقام بتسديد ثمن السفينة محل العقد بأموال أجنبية[١].

وبتاريخ ١١/١٠/١٩٨٩ [٢] كرست محكمة النقض الفرنسية المعيار ذاته في قضية دفع فيها الخصم بانتفاء الصفة الدولية للعقد بهدف إبطال شرط الدفع بعملة أجنبـــية الـــوارد فيه Clause monétaire. وقد نقضت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف لعدم قيامها بالتحري فيما إذا كان القرض محل النزاع في العقد سيؤدي إلى تسديد دولي، وبشكل خاص فيما إذا كان القرض معداً لتمويل صفقة لها علاقة

(١) J. D. I. 1986, P. 175.
(٢) J. C. P. 1990, No. 1392.

بالتجارة الدولية، إذ أنه في هذه الحالة يعتبر العقد دولياً، ويعتبر بالتالي صحيحاً شرط الدفع بعملة أجنبية الوارد فيه.

خلاصة القول: العقد الدولي برأينا هو عقد يهدف إلى تحقيق الربح والمضاربة أو نقل الخدمات والأموال ويرتبط بمصالح التجارة الدولية ويحقق أهدافها.

وتعود للقاضي مسألة تقرير دولية العقد حسب ظروف كل قضية على حدة بالاستناد إلى موضوع العقد والغاية التي يهدف إلى تحقيقها[1].

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

يمكن لعدة قوانين أن تتنازع لحكم العقد الدولي شكلاً وموضوعاً كالقانون الشخصي للبائع أو القانون الشخصي للمشتري، أو قانون موطن كل منهما، أو قانون البلد الذي أبرم فيه العقد، أو قانون محل تنفيذه، أو قانون المحكمة التي تنظر بالنزاع، فأي من هذه القوانين يسري على العقد[2]؟

تنص غالبية القوانين العربية والأجنبية على إخضاع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، لكن هل هذه الحرية الممنوحة لهم مطلقة أم أنها مقيدة؟ ثم ما هو القانون الواجب التطبيق في حال غياب اتفاق الأطراف؟ وهل وُفِقَ المشرع في

(١) انظر إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية والإثبات والتنفيذ، بيروت، ١٩٨٩، ج١٢، ص ٣٧. انظر أيضا، د. احمد القشيري، فكرة العقد الدولي، رسالة دكتوراه Rennes فرنسا ١٩٦٢ ص ٢٥٣.

(٢) تجدر الإشارة إلى أننا سنقتصر هنا على البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد فحسب، أما فيما يخص شكل العقد فتحكمه قاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية بشكل عام التي لن نعالجها في هذه الدراسة.

تطبـيق قـانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون بلد الإبرام في حال غياب اتفاق المتعاقدين؟

وعليه سنبحث تباعاً في:

- اختيار الأطراف لقانون العقد (المطلب الأول).
- تحديد قانون العقد في غياب اختيار الأطراف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اختيار الأطراف لقانون العقد (مبدأ قانون الإرادة)

تعتبر نظرية العقد من أهم مظاهر مبدأ سلطان الإرادة الذي عرف رواجاً كبيراً في القرن التاسع عشر. وقد مارس هذا المبدأ تأثيراً كبيراً في آلية القانون الدولي الخـاص الـذي اعتـبر الـتقاء الإرادات المتعاقدة كافياً بحد ذاته ليكون مصدراً للالتزام.

فمـبدأ اختـيار الإرادة هو الأساس: أي إن شاءت الإرادة فإن العقد لا يخضع لأي قـانون، وإن شاءت أخضعته لقانون تختاره. وقد اعترفت قواعد الإسناد في غالبـية تشـريعات العالم بدور الإرادة في تحديد قانون العقد كالتشريع المصري (مـادة ١٩/١مدني) والأردني (مادة٢٠ مدني) والسوري (مادة٢١ مدني) والقانون الكويتـي (م٥٩/١ قـانون ١٩٦١) والليبـي (م١٩ مدني) والعراقي (م ١/٢٥٥ مدني). كما أخذ بهذا المبدأ الاجتهاد الفرنسي وغالبية القوانين الغربية [1].

---

(١) نقـض فرنسي ١٩١٠/١٢/٥، كلينة ١٩١٢، ص ١١٥٦ و ١٩٥٩/٧/٦، Rev.crit.dr.int.pr.، ١٩٥٩، ص ٧٠٨.

فما هو أساس مبدأ قانون الإرادة (أولاً) وما هي أشكال الاختيار الإرادي (ثانياً) ثم ما مدى حرية الأفراد في اختيار قانون العقد (ثالثاً).

أولاً: أساس مبدأ قانون الإرادة (١)

يستند هذا المبدأ قبل أي شيء إلى اعتبارات عملية، فهو يستجيب إلى التنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية الدولية التي تقتضي السماح للأفراد باختيار القانون الأنسب لهم. فالقانون الذي تحدده الإرادة هو الذي ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية ويحقق مصالح المتعاقدين، وهذا ما يفسر نجاح اختصاص قانون الإرادة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على السواء.

تعرض هذا المبدأ رغم ذلك لانتقاد جوهري مفاده أن الأفراد باختيارهم لقانون عقدهم فإنهم يقومون عملياً بوضع قاعدة إسناد يمكن مقارنتها بقواعد التنازع التي تضعها السلطات في الدولة. وهم بهذا الشكل يصبحون على قدم المساواة مع الدولة من جهة، ويتخلصون من سلطتها ومراقبتها من جهة أخرى بفرضهم تطبيق القانون الذي يختارونه(٢). هذا ما دفع بالعميد باتيفول إلى القول بأن الأطراف لا يختاروا القانون الواجب التطبيق مباشرة، وإنما يقتصر دورهم على تركيز العقد في بلد يختارونه بغرض تطبيق قانونه (٣).

وقد رد أنصار قانون الإرادة بأن اختيار الأطراف لقانون العقد إنما يتم استناداً إلى الموافقة الضمنية المسبقة لمختلف الدول المعنية. فعندما تشير قاعدة التنازع الأردنية مثلاً (المادة ١٩ مدني) إلى تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، فهذا يعني بأنها تسمح بتطبيق أي قانون آخر غير القانون الأردني. وعليه، فإن الأفراد

(١) أنظر د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، الإسكندرية ٢٠٠٠.
- جيالدينو: إرادة الأطراف في القانون الدولي الخاص R.C.A.D.I، ١٩٧٢، ص ٧٤٣.
(٢) كيرتي جيالدينو: إرادة الأطراف... مرجع سابق، ص ٧٤٣.
(٣) باتيفول ولاغارد، مرجع سابق، ص ٦٢٥، انظر أيضا د. طرح علي فرج، تدويل العقد، الإسكندرية، ٢٠٠٠ ص ١٣٥.

لا ينافسون الدول باختيارهم قانوناً لعقدهم، لأن هذه الأخيرة سمحت لهم مسبقاً بذلك.

تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ سمحت في مادتها الثالثة للمتعاقدين باختيار قانون دولة ما سواء كانت طرفاً في الاتفاقية أو لا[١].

إذن يجد مبدأ قانون الإرادة أساسه في قاعدة التنازع نفسها التي تضعها الدولة أو توافق عليها بالانضمام إلى الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة.

ثانياً: أشكال الاختيار الإرادي

يتم اختيار قانون العقد بشكل صريح أو ضمني. ولا يثير الاختيار الصريح أي مشكلة عملية إذ يقوم القاضي بتطبيقه [٢] إلا إذا اعتبر العقد داخلياً، فيخضعه عندها للقانون الوطني حصراً، لأنه ليس في مقدور الأفراد في هذه الحالة نقل الاختصاص بشأنه لقانون آخر بمجرد أن اتجهت إرادتهم لذلك ودون أن يكون للعقد أي علاقة بمصالح التجارة الدولية.

لكن الصعوبة تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق وفقاً لإرادة الأطراف الضمنية وفي عقد دولي. في الحقيقة، تستخلص إرادة الأطراف في هذه الحالة عن طريق اللجوء إلى عدة عوامل وظروف:

أ- فقد يختار المتعاقدان بنود عقد نموذجي Contrat-Type وضع وفقاً لقانون دولة ما، مما يعني اتجاه إرادتهما ضمنياً نحو اختصاص هذا القانون.

ب- وقد يحيل الأطراف حكم بعض المسائل فقط في العقد إلى قانون ما، فيكون هو القانون المختص وفق إرادتهم الضمنية لحكم العقد برمته.

---

(١) انظر حول إتفاقية روما PATOCCHI, Régles de rattachement Localisatrices et régles de rattachement á caractère substanteil, Genève, Georg, 1985.

(٢) قررت محكمة التمييز الأردنية في هذا الشأن بأن اتفاق المتعاقدين على تطبيق نصوص اتفاقية بروكسل "... يعد نافذاً بحقهما وملزماً على اعتبار أنه يشكل جزءً من شروط العقد"، قرار ٦٩٧/ ١٩٨٢ مجلة نقابة المحامين، سنة ٣١، ص ٢٣٧.

جـ- وقد تستخلص إرادة الأطراف الضمنية من خلال طريقتهم في إبرام العقد أو من خلال تصرفاتهم اللاحقة لإبرامه، كاللغة المستخدمة، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع أو مكان تنفيذ الالتزام أو محل تسديد الثمن أو تحديد نوع العملة... الخ.

بكل الأحوال، ليس من الممكن إلزام الأطراف باختيار قانون العقد منذ لحظة إبرامه إذ لهم الحق بتعديل اتفاقهم في أي وقت واختيار قانون آخر يحقق مصالحهم بشكل أفضل. وهذا ما نص عليه صراحة القانون السويسري حين سمح للمتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد حتى أمام القاضي إذا لزم الأمر[1].

كما أن اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ سمحت للمتعاقدين بأن يتداركوا إهمالهم في تحديد قانون العقد وبأن يعدلوا اتفاقهم إذا رغبوا بذلك (مادة ٣/٢)[2].

ثالثاً: مدى حرية الأطرف في اختيار قانون العقد:

يتفق الأطراف عادة على بعض الأمور في العقد كمدة تسليم البضاعة والثمن فيقال بأنه لا حاجة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه. يبقى رغم ذلك للقانون الذي يختاره الأطراف دوراً هاماً يظهر من الناحيتين التاليتين:

- فهو يحدد مشروعية نية الأطراف التعاقدية.
- ويضمن الفعالية الحقوقية لعقدهم.

لكن التساؤل الذي يطرح هو بيان مدى حرية المتعاقدين في اختيارهم لقانون العقد. بعبارة أخرى، هل يحق لإرادة الأطراف لوحدها أن تشير إلى تطبيق تشريع دولة ما على عقدهم حتى في غياب أي رابطة لهذا العقد مع هذه الدولة؟

---

(١) توماسزويسكي "تعيين قانون العقد لاحقاً على إبرامه"، .Rev.crit.dr.int.pr، ١٩٧٢، ص ٥٦٧.
(٢) حول اتفاقية روما انظر المرجع السابق.

لا شـك بأن الأفراد يختارون عادة قانوناً له صلة ما بالعقد. كما أن مصلحتهم قـد تقتضي أن يشيروا إلى قانون يعرفونه أي تربطهم به رابطة معينة، إما بحكم جنسـيتهم أو بحكـم مكان الإبرام أو مكان التنفيذ، ولكن لا شيء يمنع المتعاقدين مـن تعيين قانون لا تربطه بالعقد أي صلة وذلك استناداً إلى فكرة مصلحة التجارة الدولـية التي تتطلب رفع كافة العقبات التي تعيق مصالح هذه التجارة وتطورها. وهـذا الحـل تقتضيه أيضاً طبيعة التعاقد على المستوى الدولي وتفرضه حاجات الـتجارة الدولـية. فالتشـريع الفرنسـي يقبل اتفاق الأطراف على تطبيق قانون "حـيادي" أجنبي بالنسبة لهم، أو قانون استلزمته صفاته التقنية فحسب كالقانون الإنجليزي الخاص بالتجارة البحرية والسفن نظراً للتطور المشهود له لإنجلترا في هـذا المجال، وهذا ما يفسر اختيار الأطراف في العقود الدولية للقانون الإنجليزي في حالات تكون في غالبيتها لا علاقة لها بهذا القانون[١].

في هذه الحالة، لا يمكن اعتبار اختيار الأفراد لقانون عديم الصلة بالعقد غشاً نحو القانون الذي يتصل العقد به حقيقة، طالما أن القانون المتفق عليه لا يخالف النظام العام للمحكمة الناظرة في النزاع [٢].

يُضـاف إلى ذلك أن هناك أنواع من عقود الاستثمار الدولية الضخمة التي لا يمكـن ربطهـا بقـانون دولـة ما والتي تعقد في ظل مؤسسات دولية متخصصة وتخضع عادة للتحكيم التجاري الدولي[٣].

غير أن للمحكمة استبعاد اتفاق الأطراف في بعض الحالات:

(١) انظـر بشـأن العقـد الدولي في التشريع الأنكلوساكسوني، د. ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص ١٧٩.

(٢) يخـالف هـذا الـرأي نعوم السيوفي، تنازع القوانين، دمشق، ١٩٨٣، ص ١٨٤-١٨٥، الذي يرى ضرورة تحديد القانون مقارنة مع مكان تمركز العقد.

(٣) انظـر حـول هـذا الموضـوع، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بغداد، ١٩٩٢، د. محمـود الكيلانـي، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، ١٩٨٨، جامعة القاهرة.

- **Enouz A. MUNIM. La clause de l'arbitrage dans les contrats intermationaux.**
بحث باللغة الفرنسية - مجلة الحقوق الكويتية، عدد ٢، ٢٠٠١، ص ١١٠.

أ- إذا شـــاب الرضا عيب من العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه حسب ما نص عليه القانون المدني.

ب- إذا كان الاتفاق مخالفاً للنظام العام أو المصالح الوطنية لدولة القاضي.

جـــ- إذا تعــذر تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف لتعذر إثباته على سبيل المثال.

د- فـــي حالة غياب اتفاق صريح للأفراد حول هوية القانون الواجب التطبيق وعدم تمكن القاضي من تحديد هذا القانون بالاستناد إلى الإرادة الضمنية أي الافتراضـــية للمتعاقديـــن، عـــندها تطبق البدائل الأخرى وهي: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون مكان إبرام العقد.

المطلب الثاني

تحديد قانون العقد في غياب اختيار الأطراف

لا يفكـــر الأطـــراف دائماً بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. في هذه الحالـــة، تخـــتلف التشـــريعات في تحديد هذا القانون. فالقوانين العربية تشير إلى تطبـــيق "... قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا يسري قـــانون الدولـــة التي تم فيها العقد..." (المادة ٢٠ من مدني أردني)، بينما يقتصر التشـــريع الإيطالي على تطبيق قانون مكان إبرام العقد (مادة ٢٥ مدني)، في حين لا يضـــع الاجـــتهاد الفرنســـي قـــاعدة مسبقة، ويترك للقاضي أمر تحديد القانون الواجب للتطبيق.

نوضـــح فـــيما يلـــي موقـــف القوانين العربية (أولاً) مع تقديرنا لهذا الموقف (ثانياً).

أولاً: موقف القوانين العربية

يتوضح من قواعد الإسناد في الدول العربية بأنها تكرس إضافة لضابط إسناد أساسي قائم على إرادة الأطراف، ضابطي إسناد ثانويين آخرين يعمل بهما في حال غياب الاتفاق الإرادي للأطراف وهما:

١- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.

٢- وقانون مكان إبرام للعقد إذا لم يكن للمتعاقدين موطناً مشتركاً[١].

وعليه، رفضت محكمة التمييز الأردنية مثلاً تطبيق القانون الأردني على عقد أبرم بين أردني مقيم في عمان وشركة أجنبية مركزها الرئيسي في واشنطن، بسبب عدم اتفاق الأطراف على القانون المختص ولانعدام الموطن المشترك لهما، وطبقت القانون الأميركي باعتباره قانون مكان إبرام العقد[٢].

فهل وُفِقَ المشرع العربي في تكريس هذين الضابطين؟

١- قانون الموطن المشترك Domicile Commun

علـى أي أساس اختار المشرعون العرب تطبيق قانون الموطن المشترك في حال غياب اتفاق الأفراد؟

لا ننكر بأن تطبيق هذا القانون قد تمليه اعتبارات عملية كونه معروفاً من قبل المتعاقدين، غير أنه لا يمكن اعتباره العامل الوحيد في تركيز العقد الدولي. لنأخذ المثال التالي:

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، القاهرة. دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) تمييز حقوق ٦٧ لسنة ١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين، عدد٥-٦، عام ١٩٩٠، ص ١٠٨٠، انظر أيضاً محكمة استئناف عمان رقم ٣٥٩ تاريخ ١٩٨٦/٤/٢١، مجلة نقابة المحامين سنة ٣٧، عدد ١٠، ص ٢٠١٩ مع الإشارة إلى أن محكمة التمييز سمحت للأطراف باختيار قانون آخر ولو كان لهم موطناً مشتركاً.

بـــائع ســـوري مقيم في لبنان يتفق مع تاجر أردني مقيم أيضاً في لبنان على إبـــرام عقد يتم بموجبه توريد بضاعة إلى المملكة الأردنية الهاشمية. بعد حصول نـــزاع فـــي معـــرض تنفيذ هذا العقد، رفعت الدعوى أمام المحكمة الأردنية والتي ســـتطبق القـــانون اللبناني كونه قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، باعتبار أن المتعاقدين لم يتفقا على اختيار قانون لحكم العقد.

والســـؤال المطروح هنا: لماذا يطبق القانون اللبناني؟ هل الاستناد إلى معيار واحـــد فـــي تركيز العقد يخلو من النقد؟ ولماذا لا تطبق المحكمة الأردنية القانون الأردنـــي نظراً لارتباط العقد به من ناحية جنسية المتعاقد ومن جهة مكان تنفيذه؟ ألا يعتبر العقد مرتبطاً موضوعياً بالقانون الأردني أكثر منه بالقانون اللبناني؟

٢- قانون مكان إبرام العقد Lex contractus

يحقق تطبيق هذا القانون وحدة العقد فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي فالعقد يحكمه القانون ذاته شكلاً وموضوعاً. إذ أنه من المعروف في القانون الدولي بأن شـــكل العقد يخضع لقانون مكان إبرامه. وقد يتم إبرام العقد في دولة واحدة وفي مجلس واحد يتحد فيه الإيجاب بالقبول، أو قد يتم ذلك على متن طائرة أو باخرة. ولا تثـــير هذه الحالات أي صعوبة تذكر، حيث يطبق قانون الدولة التي اتحد فيها مجلس العقد أو قانون العلم للباخرة أو الطائرة.

ولكـــن قـــد يتم العقد في مكانين مختلفين من خلال الهاتف أو الفاكس، أو من خـــلال شـــبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني، وفي الوقت الحاضر يتم استخدام هذه الوســـائل في إبرام عدد هائل من العقود الدولية. في هذه الحالة، يتم الإيجاب في دولة، بينما يتم القبول بدولة ثانية فكيف يمكن تحديد بلد إبرام العقد هنا(١)؟

(١) انظـــر حـــول هـــذا الموضـــوع بالتفصيل: جيروم أويت، "القيمة الحقوقية للفاكس مقارنة بالتلكس"، Dalloz ١٩٩٢، قســـم ٧١١، أســـامة أحمـــد المناعسة وجلال محمد الزعبي، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠١.

تخـتلف الإجابــة باختلاف القوانين، فالقانون العراقي يعتبر مكان إبرام العقد المكان الذي علم به الموجب بالقبول أي مكان استلام الفاكس أو البريد الإلكتروني (مــادة ٨٧ قــانون مدني)، بينما على العكس من ذلك يعتد القانون الأردني بمكان إصــدار القــبول (أي مكــان إرسال صورة الفاكس)، حيث تنص المادة ١٠١ من القانون المدني الأردني على أنه:"إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان الذي صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

فلو أرسل تاجر أردني رسالة عبر البريد الإلكتروني إلى بغداد متضمنة قبوله شراء عدة أصناف من التمور، فإن العقد يعتبر مبرماً في الأردن بالنسبة للتشريع الأردنـــي منذ إرسال البريد ويعتبر مبرماً في العراق بالنسبة للقانون العراقي منذ تسلم الموجب للبريد. ونتلمس هنا مباشرة مدى الصعوبات في تطبيق هذا الضابط نظراً لاختلاف التشريعات في هذا المجال.

وهــذا مما يبرز مرة أخرى مدى تغير مفهوم العقد الدولي الذي بات يبرم في كثير من الحالات عن طريق شبكات الإنترنت Online.

ثانياً: تقديرنا (نحو تبني قاعدة إسناد مرنة)

ممــا سبق يتوضح لدينا بأن وضع قاعدة للتنازع هنا قائمة على ضابط إسناد محــدد مســبقاً لــم يكن موفقاً من قبل المشرع، لأن مكان إبرام العقد أو الموطن المشــترك للمتعاقديــن قــد يكون أمراً عارضاً بالنسبة للعقد الدولي، بينما لو أخذ ضابط الإسناد هذا بعين الاعتبار بالإضافة إلى عناصر أخرى في العقد لكان تحديد القانون الواجب التطبيق أكثر موضوعية وأكثر تماشياً مع طبيعة العقد الدولي.

لــنأخذ المثال التالي الذي يبين بأن مكان إبرام العقد قد يكون عرضياً ومحض عمــل الصــدفة فقــط: لو التقى ممثل تجاري لمحلات فرنسية بأمريكي في لندن

وتعـاقد معـه علـى شراء كمية من الأقمشة لتصديرها إلى باريس فالعقد تم في لـندن، ولكـن هذه المدينة لا صلة لها حقيقة به، وبالتالي لا صلة بالنظام القانون الإنجليزي بهذا العقد.

وعلـيه، نظراً للصعوبات التي يثيرها الاستناد إلى ضابطي الموطن المشترك ومكـان إبـرام العقـد من جهة، وعدم كفايتهما لتحديد القانون الواجب التطبيق بصـورة أكـثر موضـوعية وأكثر تماشياً مع متطلبات التجارة الدولية من جهة أخـرى، فإنـنا نفضـل عند غياب إرادة المتعاقدين في تحديد قانون العقد إعطاء القاضي حرية أكبر في تحديد قانون العقد حسب كل حالة على حدة.

ويمكن أن يظهر دور القاضي في هذا المجال بعدة طرق:

- يمكـن للقاضـي أن يبحـث مـن خـلال ظروف العقد عن نية الأطراف الافتراضية "Hypothètique" كونهم لم يحددوا لا صراحة ولا ضمناً قانون العقد.
- أو أن يبحث عن مكان التمركز الموضوعي للعقد ليطبق عليه قانون هذا المكان Centre de gravité objetective[1].

وتطـبق محكمـة النقض الفرنسية فكرة التمركز الموضوعي (الحقيقي) للعقد باسـتنادها إلـى عناصر موضوعية للتمركز Localisation Objective أو عناصر ذاتية له Subjective.

أما التمركز الموضوعي فيتمثل في رصد نقاط التقاء العقد مع عدة دول بهدف تطبـيق قـانون إحـدى هذه الدول التي يرتبط بها العقد بشكل أكبر، بينما يستند الـتمركز الذاتي إلى نية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق أو (في حال

(١) وهذه فكرة العميد باتيفول "عقود واتفاقيات" موسوعة د. اللوز للقانون الدولي Rep. D. dr. int، فقرة، ٧٠.

عدم إشارتها إلى هذا القانون) إلى نيتهم في تركيز العقد من خلال كافة عناصر عملية التعاقد وظروفها.

وقد جاء في هذا السياق في حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥/٤/ ١٩٨٠ ما يلي: "إذا كان تمركز العقد يتعلق بإرادة الأطراف المتعاقدة فإن على القاضي أن يستخلص من هذه الإرادة القانون الواجب التطبيق بعد قيامه بتفسير نيتهم المشتركة فيما يتعلق بهذا التمركز وفقاً لسلطته التقديرية" (١).

ويجد القاضي في كل عقد عدة دلائل هامة تشير إلى تمركزه وفقاً لما إتجهت إليه إرادة المتعاقدين أو وفقاً للظروف الموضوعية المحيطة بالعقد.

تاريخياً، يعتبر مكان إبرام العقد من أول الدلائل على تمركزه في دولة ما، فلا بد للعقد أن يبرم في مكان ما يكون من حيث المبدأ مشتركاً بالنسبة للمتعاقدين (الحاضرين). غير أن مكان الإبرام يكون في بعض الأحيان عارضاً كما سبق وأشرنا، ثم أنه لم يعد يحتفظ بهذه الأهمية بسبب تعدد أماكن الإبرام في عدد كبير جداً من العقود المبرمة اليوم، والمقصود بها العقود المبرمة عن طريق شبكات الإنترنت والبريد الإلكتروني.

لهذا السبب، طرح أيضاً مكان تنفيذ العقد كإحدى الدلائل الهامة على مكان التمركز الموضوعي للعقد وفقاً لإرادة الأطراف، ولكنه لا يظهر أهمية كافية عندما يكون للعقد أكثر من مكان لتنفيذه كما لو كان تسليم المبيع يتم في بلد المشتري بينما يتم الدفع في بلد البائع.

في هذه الحالة، يتوجب تطبيق قانون مكان الأداء المميز. وهذا المكان يختلف بالنسبة لكل عقد على حدة. كما أنه ليس من السهولة تحديده دائماً. وقد أخذت اتفاقية روما في هذا السياق بقانون الإقامة الإعتيادية للمدين بالإلتزام (المادة ٤).

(١) Rev.crit.dr.intr.pr. 1980,p.576.

لهـذا السـبب اقترح الفقهاء وفي مقدمتهم العميد باتيفول(١) أن يتحدد تمركز العقـد بالإستناد إلى الدلائل المشار إليها سابقاً بالإضافة إلى عناصر أخرى تتعلق بأطراف العقد وشكله ولغته.

أمـا بالنسـبة للدلائـل المـتعلقة بأطراف العقد، فيمكن الاستناد إلى الجنسية المشـتركة للمتعاقديـن أو إقامتهم المشتركة في الدولة ذاتها، ولا شك بأن لهذين العنصـرين أهمية محدودة عندما يكون المتعاقدين من جنسيات مختلفة أو مقيمين فـي دول مخـتلفة. في هذه الحالة، لا بد أن تتوافق جنسية أحد الأطراف أو محل إقامـته مع عنصر إسناد آخر في العقد. هنا يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد تمركز العقـد مكـان إقامـة الطرف المتعاقد الذي يقوم بالأداء المميزة (المادة ٢/٤ في اتفاقية روما).

ويـتم الوصـول إلى تمركز العقد عن طريق شكل متبع فيه يكون مطلوباً في قـانون دولـة ما (كقانون الدولة التي تفرض شرطاً شكلياً في العقد يقتضي تدخل موظـف عام في عملية إبرامه). وأهمية هذين العنصرين تبدو بشكل خاص عندما يـتوافر إلـى جانـب دلائل أخرى مساندة. كما أن وجود شرط مانح للإختصاص القضائي في العقد لدولة ما يعتبر دليلاً هاماً على تمركز العقد في هذه الدولة.

والاجـتهاد الفرنسي غني بالأمثلة التي تشير إلى دور القاضي في البحث عن تمركز العقد، نطرح منها ما يلي:

١- قـرار محكمـة الـنقض الفرنسية تاريخ ١٩٥٩/٧/٦، حيث قام القاضي باسـتخلاص القانون المطبق "من خلال طبيعة العلاقة التعاقدية ومن خلال ظروف الدعوى"(٢).

---

(١) Batiffol. V "Contrats et convention" Rèp.D.dr.int,No 7.

(٢) Dalloz. ١٩٦٠ ص ٢٥٠.

٢- قــرار محكمــة النقض الفرنسية تاريخ ١٩٧١/٦/٢٩ التي أوجبت على القاضــي أن يبحث عن التركيز الموضوعي للعقد من خلال نقاط ارتباطه بعدة دول موضوعياً[١].

٣- قــرار محكمة النقض الفرنسية ١٩٨٤/١/٢٥ التي كرست دور القاضي فــي البحث عن مكان التمركز الذاتي للعقد أي حسب العناصر التي يعتبرها مهمة بنظر المتعاقدين[٢].

إن هــذا الحل هو الأقرب لما يمكن أن تكون عليه نية المتعاقدين، وهو يتسم بالمرونة ويتماشى مع طبيعة العقود الدولية وأنواعها المتعددة.

ويعتــبر تحديــد القــانون الواجب التطبيق على العقد من خلال تحديده لمكان تمركزه الحل الأقرب لما يمكن أن تكون عليه نية المتعاقدين، وهو يتسم بالمرونة ويتماشــى مــع طبيعة العقود الدولية وأنواعها المتعددة وتبعد عن التقوقع ضمن قاعدة إسناد محددة مسبقاً.

---

(١) Dalloz. ١٩٧٢ ص ٣١٢.
(٢) J.C.P. ١٩٨٥ ص ٤٣١.

خاتمة

النتائج المترتبة على تغير مفهوم العقد

لا يمكن للعقد الدولي أن يبقى بمنأى عن التأثر بالمتغيرات الدولية التي لحقت بالعالم خلال العقد الأخير من الزمن،سواء فيما يتعلق منها بالظروف الاقتصادية العالمية وتهافت الدول لجذب رؤوس الأموال والاستثمارات، أم بالثورة التكنولوجية الهائلة في عالم المعلوماتية والإنترنت التي جعلت الكثير من العقود تبرم إلكترونياً متجاوزة الحدود والأنظمة القانونية.

فالعقد الدولي لم يعد يتمتع بالمفهوم التقليدي الذي لا ينظر إليه إلا كنسخة دولية للعقد المعروف على المستوى الداخلي، بل أصبح له مفهوماً مستقلاً بحد ذاته يتماشى مع مقتضيات مصالح التجارة الدولية.

ويجب أن يؤدي هذا المفهوم الجديد والتطور الذي لحق بالعقد إلى النتائج الهامة التالية:

١- عدم مقدرة الدولة على تقييد العقد وإغلاقه ضمن بوتقة النظام الوطني الداخلي بل بات لا مفر لها من الاعتراف له بالصفة الدولية. كما أن مصلحتها أضحت تقتضي الاعتراف له بهذه الصفة وإزالة كافة العقبات الداخلية عن طريقه طالما أن موضوعه تجاوز اقتصادها الوطني بشكل أو بآخر ليمس بمصالح التجارة الدولية، لأن ذلك يمس أيضاً بمصالحها.

٢- حتى ولو استمرت الإرادة بالحفاظ على دورها ولاسيما فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا الدور تراجع إذ لم تعد الإرادة قادرة لوحدها على إسباغ الصفة الدولية على العقد. في هذا السياق، أضحى المفهوم الاقتصادي القائم على فكرة التجارة الدولية هو الفيصل في هذه

المسألة الهامة. من هنا، لم تعد الإرادة قادرة على تحديد القانون الواجب التطبيق إلا إذا كان العقد دولياً.

٣- أن التغير في مفهوم العقد يقتضي قيام المشرع بتعديل قاعدة التنازع التقليدية التي تخضع العقد لضوابط إسناد تقليدية لم تعد قادرة على مسايرة المفهوم الجديد للعقد. في الواقع، في حال عدم اتفاق الأفراد على قانون العقد، فإن ضابطي الإسناد القائمين على مكان الإبرام والموطن المشترك للمتعاقدين لم يعودا قادرين على تحديد القانون الواجب التطبيق بما يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية والتطور الذي لحق بالعقد الدولي.

قائمـــــة المختصــــرات

Liste des abréviations

Trav. Com. Fr.Dr. int.pr = Travaux de comité Francais de droit international prive

أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص

J.C.P. = Journal de la Sémaine juridique

مجلة الأسبوع الحقوقي

Dalloz

مجلة داللوز

J.D.I. = Journal de droit international

مجلة القانون الدولي

R.C-A.D.I = Receuil des cours académiques de droit international

موسوعة المحاضرات الأكاديمية للقانون الدولي

Rev. Crit. D.int. pr. = Revue Critique de droit international privé

المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص

Rèp.D.dr.int = Repèrtoire de droit international

موسوعة القانون الدولي

الرقابة على الأعمال غير التشريعية في النظامين الدستورين الأردني والأسباني

د. عيد أحمد الحسبان*

ملخص البحث:

تعتـــبر الأعمال البرلمانية من أبرز المواضيع التي لم تحظى باهتمام الباحثين خاصـــة الأعمـــال غـــير التشـــريعية، والتي غالباً ما تؤدي إلى المساس بالحقوق والحـــريات الفردية. لذا نجد أن الاهتمام منصب في غالبية الأعمال التشريعية، لا ســـيما الرقابة البرلمانية على دستورية هذه الأعمال البرلمانية، دون أدنى اهتمام بالشق الآخر من هذه الأعمال.

لـــذا فقـــد ارتأيت أنه من الأهمية البحث في هذا الموضوع، لنقف على بعض التجارب المتطورة في مجال الرقابة على الأعمال البرلمانية غير التشريعية، بهدف الاســـتفادة منها والعمل على حث المشرع لتطوير منظومتنا القانونية الأردنية في هذا المجال.

* كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت قسم الدراسات القانونية / المفرق

مقدمة:

يعتــبر موضــوع الحقوق والحريات الأساسية من أهم الموضوعات التي كثر الحديث عنه منذ منتصف القرن العشرين، لا سيما بعض الموضوعات ذات العلاقة بهذا الموضوع. كضرورة إصدار دساتير عصرية تنص صراحة على هذه الحقوق وتلــك الحــريات، وكذلك تكريس ضمانات دستورية لحمايتها من تجاوز السلطات العامة عليها أثناء ممارستها للصلاحيات المنوطة بها.

ولــذا فــإن دســاتير كافــة الدول في الوقت الحاضر تنص صراحة على هذه الحقــوق الأساســية وتخصــص فصلاً كاملاً لتفصيلها. وكذلك فقد كرس المشرع الدســتوري المعاصــر مــبدأ الفصــل بين السلطات، ومن جهة أخرى لم تتجاهل الدســاتير المعاصــرة الحديــث عــن الــرقابة بمختلف أشكالها لأعمال ونشاطات الســلطات العامــة ســواء كانت أعمالاً تشريعية أو إدارية أو قضائية. ولهذا فقد تنوعــت أشــكال هذه الرقابة بتنوع الأجهزة التي تمارسها والأعمال التي تخضع للرقابة.

وعلى أية حال، فان هذه الدراسة تحاول الوقوف على الجوانب المختلفة لأحد أشــكال هذه الرقابة. وهي الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في النظم الدســتورية المعاصرة لا سيما النموذج الأسباني في الرقابة على أعمال البرلمان غير التشريعية مع التركيز على الاجتهادات القضائية في هذا المجال.

وتأسيساً على ما سبق سنتبع التقسيم والمباحث التالية:

المبحث التمهيدي: مفهوم وتحديد الأعمال غير التشريعية للبرلمان.

المبحــث الأول: الــرقابة علــى الأعمال غير التشريعية في النظام الدستوري الأردني

المبحــث الثانــي: الرقابة على الأعمال غير التشريعية في النظام الدستوري الأسباني.

المطلــب الأول: الإطار التنظيمي للرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في النظام الأسباني.

المطلــب الثانــي: الواقــع العملــي من خلال الاجتهادات القضائية للمحكمة الدستورية الأسبانية.

ونخــتم الدراسة ببعض النتائج والاقتراحات حول هذا النوع من الرقابة كأحد ضمانات الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين في ظل الدساتير المعاصرة.

المبحث التمهيدي

مفهوم الأعمال غير التشريعية للبرلمان وتحديدها

تحــتل الســلطات التشريعية مكانة بارزة في النظم السياسية المعاصرة نظراً للــدور الأساســي والأصــيل الذي تلعبه في عملية وضع التشريع للدولة والرقابة السياســية على السلطة التنفيذية، وبالتالي لا يمكن تصور دولة بالمفهوم المعاصر دون وجود سلطة مشرعة.

ولكــن، ودون شــك، فلــيس كــل ما يصدر عن السلطة التشريعية هو عملاً تشــريعاً بالمفهوم الضيق لهذا المصطلح. وإنما تقوم هذه السلطة ببعض الأعمال الأخرى والتي ليس لها صبغة الأعمال التشريعية، أو بعبارة أخرى تصدر أعمالاً لا تكتسي القيمة القانونية للأعمال التشريعية. والسؤال الذي يتبادر للذهن منذ البدء هــو: كيف يمكن التمييز بين أعمال البرلمان ذات الطبيعة التشريعية وتلك التي لا تكتسب هذه الصفة؟

أن مسألة التمييز بين الأعمال التشريعية والأعمال غير التشريعية للبرلمان لا تستند إلى المعيار العضوي؛ وذلك لان كلا النوعين من الأعمال يصدر عن ذات السلطة بمعنى أنهما يصدران عن البرلمان. ولذا لا يبقى لدينا إلا المعيار الآخر في التمييز، وهو المعيار الموضوعي، واستناداً على هذا المعيار فإن الأعمال غير التشريعية هي كافة الأعمال التي يقوم بها البرلمان سواءً بواسطة رئيسه أم لجانه أم هيئاته أم أي جهاز تابع له في غير مجال التشريع.

وتأسيساً على هذا التحديد يمكن تصنيف الأعمال غير التشريعية وفقاً لعدة زوايا:

١- من حيث الجهة المصدرة للأعمال يمكن التمييز بين:

أ- أعمال غير تشريعية يصدرها رئيس أحد مجلسي السلطة التشريعية دون حاجة لاستشارة جهة أخرى. باختصار أعمال يمارسها الرئيس دون غيره كتفسير مقتضيات النظام الداخلي للمجلس، كما هو الحال في بعض النظم السياسية.

ب- أعمال غير تشريعية يصدرها رئيس إحدى مجلسي السلطة التشريعية، ولكن يجب استشارة وأخذ رأي مسبق من جهة أخرى، كتلك الأعمال التي يصدرها الرئيس بعد الاستئناس برأي لجان المجلس سواءً منها اللجان المؤقتة أم الدائمة.

٢- من حيث الآثار المترتبة على تلك الأعمال نميز بين[١]:

أ- قرارات فردية وهي القرارات التي يصدرها رئيس إحدى مجلسي السلطة التشريعية من أجل حل إشكالية محددة وينتهي أثر هذا العمل بتحقيق

(١) Morales Arroyo J., Un avance en la jurisprudenciaconstitucioal sobre el control de las resoluciones parlamentarias, Revista Española De Derechos Constitucionales, N° 46, Madrid, p.260،1996, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales.

الغايـــة التي تم تبني القرار من أجلها، ويستوي في تكييف هذا النوع من القـــرارات سواءً كان الاختصاص محدداً بالرئيس أم يجب أن تشترك معه جهـــة أخـــرى في تبني مثل هذا العمل، فالعبرة هنا في التكييف هي محل القرارات وغايتها وليس الجهة المخولة بإصدار العمل.

ب-قـــرارات تنظيمـــية وهي تلك الأعمال التي تصدر عن البرلمان وبدعم من مخـــتلف الأجهـــزة التـــي يـــتكون منها البرلمان ويكون الهدف منها حل إشـــكاليات كثـــيرة متشـــابهة ولا ينتهي أثرها بمجرد تطبيقها على حالة معيـــنة، وإنما يستمر الأخذ بها طالما توافرت شروط تطبيقها وهي عادة ما تكون قرارات ذات طبيعة عامة ومجردة[1]

٣- من حيث المحتوى أو المضمون يمكن التمييز بين نوعين:

أ- قـــرارات تفســـيرية وهي القرارات التي يصدرها رئيس المجلس لتوضيح الغمـــوض الذي يكتنف المقتضيات القانونية للنظام الداخلي للمجلس الذي ينتمـــي إلـــيه كما هو الحال في أسبانيا، إذ يختص كل من رئيس مجلس الـــنواب ورئيس مجلس الأعيان بتفسير الغموض الذي يكتنف مقتضيات النظام الداخلي للمجلس الذي يترأسه.

ب- قـــرارات مكملة وهي القرارات أو الإضافات التي تضاف للنظام الداخلي للمجلس في حالة القصور أو النقص الذي يعتري هذا النظام.

وتأسيســـاً على ما سبق، يمكن التأكيد على أنه ليس كل ما يصدر عن السلطة التشـــريعية هي قواعد عامة ومجردة (قوانين)، وإنما كغيرها من السلطات العامة الأخـــرى تقوم بأعمال واتخاذ إجراءات وتبني قرارات أثناء عملية التنظيم والإدارة الداخلية لمجلسي السلطة التشريعية. وهذه الأعمال والإجراءات ليست ذات طبيعة

(١) هذا ما أقرته المحكمة الدستورية الأسبانية في حكمها رقم ١٩٨٨/١١٨.

تشــريعية، وبالتالــي فإنها تخرج عن إطار الرقابة على دستورية القوانين سواءً كانــت هــذه الــرقابة تمارس من قبل جهاز ذو طبيعة سياسية أم جهاز ذو صبغة قضائية.

والســؤال الذي يتبادر للذهن هنا هو الآتي: ما هي الآلية التي تضمن احترام مــبدأ المشــروعية فــي عدم مخالفة المنظومة القانونية للدولة، وبالتالي حماية الحقوق والحريات الفردية التي قد تنتهكها السلطة التشريعية أثناء تبنيها مثل هذه الإجراءات غير التشريعية؟

قــبل الإجابة على هذا التساؤل سنحاول وضع تعريف الأعمال البرلمانية غير التشــريعية من خلال التصنيف السابق لهذه الأعمال ونقول بأنها: تلك الإجراءات والقــرارات التــي تضــعها السلطة التشريعية في مجال التنظيم والإدارة الداخلية للمجالس المكونة للبرلمان سواءً كانت هذه الإجراءات والقرارات فردية أم عامة، تفســيرية أم تكميلية للأنظمة الداخلية لمجلس البرلمان، وسواءً كانت صادرة من قــبل رؤســاء المجــالس التشــريعية المركزية أم المحلية أم من اللجان المختلفة المشكلة وفقاً للأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان.

المبحث الأول
الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في النظم الدستورية

قبل التطرق لموقف النظام الدستوري الأردني من الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان، لا بد من الإشارة ولو بإيجاز لموقف بعض النظم الدستورية المعاصرة من هذا الموضوع.

المطلب الأول
الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في النظم المعاصرة

تشكل الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للبرلمان بشكل عام، وعلى الأعمال غير التشريعية بشكل خاص، أحد أهم المرتكزات الأساسية التي تضفي على الدولة صفة الدولة القانونية من جهة، وضمانة أساسية للحقوق والحريات الفردية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية والتي تحتل أعلى قمة الهرم القانوني، وانطلاقاً من هذا فإنه لا فائدة تجنى من وجود وثيقة دستورية إذا لم يتم الخضوع لها من قبل الحاكمين (السلطات العامة) والمحكومين.

وإذا كانت الرقابة القضائية أو الرقابة السياسية على الأعمال التشريعية تكاد كافة الدول تأخذ بها، سواءً كان ذلك عن طريق السلطة القضائية بمختلف محاكمها (الرقابة القضائية عن طريق الدفع)[1]. أم عن طريق تشكيل محكمة

(١) Jose Salas,Revista Española de Derecho Constitucional,n° 6,1982,p.165.

مستقلة لتولي هذه المهمة (الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية)[١]. وأخيراً قد تكون عن طريق هيئة ذات طبيعة سياسية، كما هو الحال في فرنسا (المجلس الدستوري). تبقى الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان محل اختلاف حيث أن هناك بعض الدول تأخذ بمثل هذه الرقابة. وهذا ما أخذ به الدستور الأسباني. بينما دول أخرى صمتت حول هذه النقطة دون الإشارة إلى هذه الوسيلة كأحد ضمانات الحقوق والحريات الفردية تاركة المقتضيات التي تتبناها السلطة التشريعية فيما يتعلق بتنظيم وتشكيل مجلسي البرلمان سواءً فيما يتعلق بتشكيل اللجان وإشغال الوظائف الإدارية لمجلسي البرلمان في تنظيم شؤونه الداخلية، مع الخضوع لرقابة القضاء الإداري أو القضاء العادي وفقاً للنظام المتبع في الدولة من حيث الأخذ بازدواجية القضاء أو وحدته. وبالتالي تكريس مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات والذي قال به مونتيسكيو Montesquieu وجون لوك j. locke ولذا فإن مبدأ الفصل بين السلطات بمفهومه التقليدي يهدف لتحقيق أكبر قدر من استقلال السلطات من جهة[٢]، وكحد لتعسف السلطات وتجاوزها اختصاصاتها من جهة ثانية، وكضمانة دستورية لحماية الحقوق والحريات الفردية من جهة أخيرة[٣]

وتأسيساً على ما سبق، فإن خير وسيلة لتكريس الحياة الدستورية وضمانها هو الفصل بين السلطات بحيث تمتنع السلطات الثلاث من التدخل في صلاحيات بعضها البعض وذلك لأن السلطة تحد السلطة[٤]. ولكن وبعد تطور الحياة

(١) الخطيب، نعمان، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص.(٥٦٥).

(٢) Alvarez Conde E.,y Arnaldo Alcubilla, E. Autonomia Parlamentaria y jurisdiccion constitucional, cuarta jornada de la AsociacionEspañola de Letrados del Parlamento, Pamplona, aranzai, 1997, p.44.

(٣) Alvarez Conde E. Curso de derecho constitucional, vol.1, Tecnos Editorial, Madrjd,1993, pp. 110'111 .

(٤) محمد عرب صاصيلا، الموجز في القانون الدستوري، ١٩٨١، ص. ١٢٦ وما بعدها. وأيضا نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص. (٥٥٥،٥٦٤) وكذلك سليمان الطماوي،النظم السياسية والقانون الدستوري، دار=

البرلمانية واستقرار النظم الدستورية، ومن أجل تكريس ضمانات أكبر للحقوق والحريات الفردية، أعتقد أنه لا بد من ضبط السلوك البرلماني وخاصة فيما يتعلق بالتنظيم الداخلي وعلاقته بالنواب والعاملين في البرلمان من غير البرلمانيين، وكذلك في تطبيق الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان سواءً فيما يتعلق بمسألة التفسير للمقتضيات الغامضة أم ما يتعلق بضرورة سد الثغرات التشريعية في تلك الأنظمة، وأخيراً فيما يتعلق بممارسة صلاحياتها وسلطاتها.

ومن خلال نظرة موجزة بالنسبة لموقف مختلف الأنظمة من موضوع الرقابة على الأعمال غير التشريعية، نلاحظ أن معظم الدول الأوروبية الغربية قد أخذت بالقضاء الدستوري وخاصة فيما يتعلق بالدعوى لحماية الحقوق والحريات الفردية كضمانة احتياطية وأخيرة للحقوق والحريات الفردية المنصوص عليها في دساتيرها Recurso de Amparo Constitucional de los Derechos Fundamentales. إلا أن هذه الدول لم تأخذ بها بالنسبة للأعمال البرلمانية بشكل كامل سواءً أعمالاً ذات طبيعة تشريعية أم غير تشريعية؛ وإنما نجد أن معظم هذه الدول اقتصرت في تكريس هذه الدعوى كأحد مظاهر القضاء الدستوري على الأعمال التشريعية وذلك بعد استنفاذ طريقة الرقابة على دستورية تلك القوانين. ومن هذه الدول على سبيل المثال بريطانيا والتي تتبع نظام وحدة القضاء[1]، وأيضاً إيطاليا والبرتغال بالرغم من وجود محكمة دستورية؛ إلا أنها لم تتبنى دعوى الحماية الدستورية. أما

=الفكر العربي، ١٩٨٨،ص.٢٩ وما بعدها. وأيضاً موريس دو فرجية، ترجمة جورج سعد، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الجامعة الفرنسية، ١٩٩٢، ص١١١. وأيضا Andre Hauriou, Derecho constitucional eInstituciones politicas, Editorial Ariel, Madrid, Edicion española, 1971, pp.235 y sigs.

(١) يصف Torres Muro مسألة حصانة الأعمال البرلمانية بأنها: أكبر خرافة سياسية في الماضي بما كان يسمى الحق الإلهي للملوك، أما في الحاضر فتتجسد بما يسمى الحق الإلهي للبرلمان والتي تقطر قدسيتها من رأس البعض(أعضاء البرلمان) على رؤوس الكثرة(الشعب)، وهذه الكثرة تقوم بتقديس البرلمان وما يصدر عنه .... ترجمة عن بحثه الموسوم بـ " El control jurisdiccional de los actos parlamentarias en Inglaterra, Revista Española de Derecho Constitucional, n° 43, 1995, p. 54.

موقف المشرع الفرنسي فإنه لم يعتبر الأعمال البرلمانية غير التشريعية من قبيل الأعمال التي تخضع لرقابة القضاء الإداري في القانون المنظم لمجلس الدولة، حيث حدد القرارات الإدارية التي تخضع لدعوى الإلغاء بالأعمال التي تصدرها سلطة عامة إدارية. وتأسيساً على ذلك فقد استقر الاجتهاد القضائي على إلحاقها بالأعمال التشريعية ومعاملتها ذات المعاملة، بحيث كان مجلس الدولة يرفض الطعون المتعلقة بطلبات موظفي السلطة التشريعية وكذلك الطعون المتعلقة بالمسابقات الوظيفية للتعيين في الوظائف الإدارية في أحد مجلسي البرلمان؛ لأنه، وكما أشرنا سابقاً، من شروط قبول دعوى إلغاء الأعمال القانونية يتوجب صدوره عن سلطة عامة إدارية وان يكون العمل نهائياً، وهذا الشرط لا يتوافر. ولكن هذا الموقف قد تغير على أثر صدور الأمر النظامي في أواخر عام١٩٥٨م والذي أخرج بعض الأعمال غير التشريعية للبرلمان من النظام القانوني للأعمال التشريعية وأخضعها للنظام القانوني للقرارات الإدارية، أي التراجع عن المعيار الشكلي لتصنيف الأعمال القانونية والأخذ بالمعيار الموضوعي ومن هذه الأعمال دعوى المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الأفراد من جراء النشاطات البرلمانية وكذلك السماح لموظفي مجالس السلطة التشريعية برفع منازعاتهم الوظيفية إلى القضاء الإداري.

وهناك أيضاً النمسا تبنت دعوى الحماية الدستورية، ولكنها لم تخضع أعمال البرلمان غير التشريعية لهذه الدعوى. ومن الدول التي تبنت دعوى الحماية الدستورية وأخضعت الأعمال البرلمانية بكافة أشكالها لمثل هذه الرقابة فمثالها الواضح ألمانيا وأسبانيا [١]١٩٧٨(النموذج الأسباني سيكون موضوع المبحث الثاني).

(١) Louis Favoreu, Los Tribunales Constitucionales, pimera edicion,Arial Editorial S. A., Barcelona,1994, p. 114.

أمـــا بالنســـبة لموقف النظم الدستورية العربية، فليس من السهولة الوقوف علـــيه نظراً لعدم التطرق لهذا الموضوع الهام، وكل ما هنالك إشارات عابرة أثناء الحديـــث عـــن الـــرقابة على أعمال الإدارة وفي معرض الحديث عن التمييز بين الأعمـــال التشريعية والأعمال الإدارية بهدف تحديد النظام القانوني الذي يخضع له كـــل نـــوع مـــن هـــذه الأعمال، ومن ثم تحديد نوع الرقابة التي يخضع لها العمل القانونـــي. فمثلاً النظام الدستوري المصري يعتبر الأعمال غير التشريعية للبرلمان من قبيل الأعمال القانونية التي تخضع للنظام القانوني للقرارات الإدارية، وبالتالي خضـــوعها لدعـــوى الإلغـــاء أمام القضاء الإداري؛ وذلك لأن المشرع عندما حدد الأعمـــال القانونـــية التـــي تخضع لولاية القضاء الإداري، وبالتالي شروط دعوى الإلغـــاء اشـــترط أن يكـــون العمل صادراً عن سلطة عامة ويتعلق بأحد الموظفين العموميـــن؛ وبما أن موظفي السلطة التشريعية لا يخرج تكييف وضعهم القانوني عـــن كونهم موظفين عموميين، فأن اجتهاد القضاء استقر على إخضاع الأعمال القانونـــية المـــتعلقة بأوضاعهم الوظيفية لرقابة القضاء الإداري وذلك استناداً إلى الأخـــذ بالمعيار الموضوعي للتمييز بين الأعمال القانونية. أما المراسيم التشريعية والتي يتبناها مجلس الوزراء في حالة غيبة البرلمان (حالتي الحل وعدم الانعقاد)، واللوائـــح التفويضية والتي يصدرها مجلس الوزراء بتفويض قانوني من السلطة التشـــريعية، وكذلـــك اللوائح التنفيذية فأنها جميعاً تخضع لرقابة القضاء الإداري استناداً إلى المعيار الشكلي، وفقاً لما استقر عليه اجتهاد القضاء المصري[1]

(١) الطمـــاوي، ســـليمان: القضـــاء الإداري، قضـــاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص.(٣٣٠ وما بعدها).

المطلب الثاني

موقف النظام الدستوري الأردني من الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان

سنحاول الوقوف على واقع الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في الدستور الأردني. حيث نلاحظ إنه وبالرجوع إلى المقتضيات القانونية ذات العلاقة، وخاصة المقتضيات الدستورية وكذلك مقتضيات النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ١٩٩٦، لا نلمس أية إشارة تدل على الموقف الصريح للمشرع الأردني من الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان. ولكن من خلال الأخذ بالتفسير الواسع للبند التاسع من الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا ١٩٩٢/١٢ والتي تقضي باختصاص هذه المحكمة ب(الدعاوى التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية). يمكن القول بأن المشرع أخضع الأعمال التي يصدرها البرلمان، باعتبارها أعمالاً قانونية صادرة عن سلطة عامة، لرقابة الإلغاء أمام محكمة العدل العليا، باستثناء بعض الأعمال البرلمانية الخالصة والتي تعد من الأعمال القانونية المحصنة من الرقابة؛ كتلك الأعمال غير التشريعية المتعلقة بالطعون بصحة نيابة النواب، أو المتعلقة برفض طلبات رفع الحصانة البرلمانية عن أحد النواب أو الأعيان، أو فيما يتعلق بالأعمال البرلمانية المتعلقة بمساءلة الحكومة.

واستناداً لهذا المقتضى، وأخذاً بالمعيار الموضوعي لتكييف الأعمال غير التشريعية للبرلمان، فإن هذه الأعمال هي في نهاية المطاف عبارة عن قرارات إدارية لأنها صادرة عن سلطة عامة وترتب آثاراً قانونية بحق أحد الأشخاص الطبيعية أو الحكمية. وتماشياً مع هذا التكييف فإن الأعمال غير التشريعية للبرلمان تخضع لرقابة محكمة العدل العليا ولكن بشرط أن تكون هذه الأعمال

نهائية وترتب آثاراً قانونية وذلك باستحداث مركز قانوني لشخص ما أو أكثر أو هيئة أو تعدل هذا المركز أو تلغيه.

أما فيما يخص الموقف القضائي من هذه المسألة فقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا على أنه (يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا الطعن بالأعمال التشريعية ...)[١]، وبالاستناد إلى مفهوم المخالفة فإن الأعمال غير التشريعية تخضع لاختصاص هذه المحكمة من خلال طعن يقدمه ذوي المصلحة الشخصية أمام المحكمة لإلغاء العمل غير التشريعي للبرلمان.

ومن الأمثلة التي أخرج المشرع الدستوري الأعمال غير التشريعية للبرلمان من الرقابة ما يتعلق بالطعون في النتائج الانتخابية لمجلس النواب في المادة (٧١) من الدستور الحالي ١٩٥٢، وكذلك ما أشار إليه النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ١٩٩٦ في المواد (١٥-٢٥)، حيث منحت الصلاحية في البت فيها لذات المجلس النيابي، ومن ثم فإن القرارات التي يتبناها المجلس سواءً كانت إيجابا أم سلباً لا يعقب عليها من أية جهة؛ وهذا يعتبر من قبيل التحصين القانوني للأعمال البرلمانية غير التشريعية الخالصة[٢]. وأيضاً تعتبر الأعمال القانونية التي يتخذها سواءً مجلس النواب أم الأعيان، فيما يتعلق برفض طلبات رفع الحصانة البرلمانية عن أحد أعضائه، استناداً لمقتضيات المادة (٨٦)، (٨٧) من الدستور هي من الأعمال البرلمانية الخالصة التي لا تخضع للرقابة من أية جهة أخرى، وإن لم تُثر أية إشكالية من هذا القبيل.

وتأسيساً على ما سبق، يمكن القول أن المشرع الأردني قد انتهج ذات النهج الذي سلكه مشرع معظم الدول التي تأخذ بازدواجية القضاء، قضاء عادي تمارسه المحاكم العادية، وقضاء إداري تختص به محكمة العدل العليا للنظر في كافة

(١) عدل عليا ١٩٨٩/٣٧، العدد التاسع، السنة ١٩٨٩، ص. ١٥٣٩.
(٢) عدل عليا ١٩٩٨/٤٧٨، السنة ١٩٩٧، ص. (٣٢٣٨).

الطعـون الموجهة ضد القرارات الإدارية النهائية بغض النظر عن السلطة العامة التـي أصدرت القرار سواءً كانت تنفيذية أم قضائية أم تشريعية، بمعنى أخر أنها أخذت بأسلوب توحيد جهة الطعن في القرارات الإدارية وليس الأخذ بإيجاد جهات متعددة للنظر بمثل هذه الطعون، كما هو معمول به في ظل النظام الدستوري الأسباني، كما سنرى لاحقاً، حيث أن الأعمال غير التشريعية للبرلمان المركزي وللهيئات التشريعية المحلية تخضع لرقابة المحكمة الدستورية بواسطة دعوى أو طعن دستوري لحماية الحقوق والحريات الفردية.

المبحث الثاني

الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في النظام الدستوري الأسباني

إن المتتبع للتجربة الدستورية الأسبانية منذ مطلع الثلاثينيات من القرن الماضي (القرن العشرين) ولغاية الآن، يلاحظ أن موضوع القضاء الدستوري قد مر بمرحلتين متمايزتين، لا سيما فيما يتعلق بالرقابة القضائية على الأعمال غير التشريعية للبرلمان. وهاتان المرحلتان هما مرحلة محكمة الضمانات الدستورية Tribunal de Garantias Constitucionales وهي مرحلة عارضة لم تدم سوى ثلاث سنوات ١٩٣٣-١٩٣٦[١]. والمرحلة الثانية وهي مرحلة المحكمة الدستورية ١٩٧٨-... وهذه التجربة الأخيرة تعد من أكثر التجارب الأوروبية

(١) كان عام ١٩٣٦ بداية الحرب الأهلية في أسبانيا والتي استمرت ثلاث سنوات انتهت بتولي فرانسيسكو فرانكو الحكم. واستمرت الأحوال كذلك حيث جمد دستور الجمهورية الثانية، وعطلت المنظومة القانونية إلا ما يخدم مصالح الدكتاتورية، إلى أن عاد النظام الملكي على أثر وفاة الزعيم فرانكو عام ١٩٧٥.

تطـــوراً [1]،فيما يتعلق بالاختصاصات والتطور الذي كرسه قضاة هذه المحكمة في مجـــال حمايـــة الحقوق والحريات الفردية سواءً عن طريق الرقابة على دستورية القوانيـــن عن طريق الإحالـــة[2] Cuestion de inconstitucionalidad أو الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية[3] .Control de inconstitucionalidad de leyes

ولكن في هذا المبحث سنحاول الإشارة إلى دور محكمة الضمانات الدستورية بإيجاز (في مطلب أول) على أن تكون رقابة المحكمة الدستورية على الأعمال غير التشريعية للبرلمان هي محور نقاشنا ونخصص لها (مطلباً ثانياً).

المطلب الأول

الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في ظل دستور الجمهورية الأسبانية الثانية ١٩٣١

لقـــد حـــدث الـــتحول في النظام السياسي الأسباني في مطلع الثلث الثاني من القـــرن العشـــرين على أثر انحطاط النظام الملكي وظهور الحركات المناهضة لهذا النظام كالحركة الجمهورية الثانية الأسبانية[4] ١٩٣١.

وأهـــم مـــا يميز هذا الدستور من حيث ما أقره من مبادئ دستورية أنه أول دســـتور أسباني يؤكد مبدأ الفصل بين السلطة الدينية والسلطة الزمنية أي الفصل بيـــن الكنيســـة والدولة متأثراً بالفكر السياسي الذي ساد في القرن التاسع عشر، وأيضاً فإن هذا الدستور قد كرس مبدأ السيادة الوطنية. وأيضاً تأثر كبيراً بدستور

(١) مقارنة مع التجارب الفرنسية والإيطالية والبرتغالية في مجال حماية الحقوق والحريات الفردية.
(٢) Jose Sales,1982, op. cit. p 164.
(٣) Eric Barendt, An Introduction to the constitutional law, University Press,1998, page.71. Enterria, E. G. La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional,Civitas Editorial S. A.1998 Tercera Edicion,137.Oxford.
(٤) Andre Hauriou, op. Cit. P884.

وايمـــر weimer الجمهوري حيث كرس النظام الجمهوري للبرلمان بوجود مجلس واحـد. وكذلـك فإنـه اعـترف بمجموعـة مـن الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية(١).

ومـا يهمـنا في هذا الإطار أن هذا الدستور قد أخذ بفكرة القضاء الدستوري المسـتقل حيـث أنشـأ محكمة مستقلة سميت بمحكمة الضمانات الدستورية وأهم اختصاصـاتها ضـمان احترام وصيانة المقتضيات الدستورية. ولكن وبالرغم من دخـول هـذا الدسـتور حيز التنفيذ منذ ١٩٣١، إلا أن المحكمة المذكورة لم يتم إحداثها إلا بعد أن تم إصدار قانونها الأساسي في ١٤حزيران ١٩٣٣.

وبالـرجوع للمقتضـيات الـواردة فـي القانون الأساسي لمحكمة الضمانات الدسـتورية نجـد أن هـذا القانون قد كرس دعوى حماية المقتضيات الدستورية والتـي يكـون محلها تحديداً أنشطة السلطات الحكومية والقضائية أو أية أنشطة وقرارات أخرى تلحق الأضرار بضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم(٢).

وبالاسـتناد لذلك، نلاحظ أن المادة ١/٤٥ من القانون المذكور أعلاه لم تشر صـراحة لإمكانية خضوع أنشطة وأعمال البرلمان لهذه الدعوى، ولكن من خلال قراءة متأنية لذلك المقتضى نلاحظ أن المشرع قد أشار لذلك ضمناً حيث يستخلص ذلـك مـن أن المشرع أشار صراحة لأنشطة الحكومة والقضاء وأضاف أي نشاط لسـلطة عامـة أخرى، وهذه العبارة لا يمكن تفسيرها إلا بأنها تشير إلى أنشطة الـبرلمان وأعماله غير التشريعية؛ لأننا إذا استثنينا السلطة التنفيذية والقضائية مـن السلطات العامة يبقى لدينا السلطة التشريعية. وعلى هذا الأساس من التأويل يمكـن التأكيد أن قانون محكمة الضمانات الدستورية المذكور أعلاه لم يستثن أي

(١) Andre Hauriou, op. Cit. P. 885.
(٢) المادة ١/٤٥ من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الأسبانية ١٩٧٩.

نشاط من أنشطة السلطات العامة من الخضوع لدعوى الحماية الدستورية كوسيلة احتياطية لحماية الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور.

وعليه فإن التجربة الأسبانية الأولى في هذا المجال، وخاصة فيما يتعلق بالمقتضيات الخاصة بدعوى الحماية الدستورية، أنها جاءت فضفاضة وغامضة في آن واحد حيث أن المشرع الدستوري وكذلك واضع القانون الأساسي لمحكمة الضمانات قد استخدم مصطلحات فضفاضة ودون تحديد، فعلى سبيل المثال نجد المشرع الدستوري قد أشار في معرض حديثه عن اختصاصات المحكمة، النص على أن دعوى الحماية توجه ضد الأعمال الصادرة عن السلطات العامة التي تلحق أضراراً بالأفراد عندما لا يكون اللجوء للمحاكم العادية كافياً لتحقيق مثل هذه الحماية(١).

ومن ناحية أخرى فإن هذه التجربة القصيرة التي دامت فعلياً فقط ثلاث سنوات ١٩٣٣-١٩٣٦، لم تشهد تفعيل لهذه الدعوى حيث لا يمكن العثور إلا على حالة واحدة تتعلق بأعمال البرلمان غير التشريعية، ويتعلق هذا الحكم بدعوى الحماية التي أقامها الأمين العام لرئاسة الوزراء على أثر حجب ثقة البرلمان عنه.

وأخيراً يمكن حصر الحالات التي عرضت على هذه المحكمة بخصوص دعوى الحماية الدستورية خلال الثلاث سنوات بأنها (٤٩) حالة؛ واحدة فقط تتعلق بالأعمال غير التشريعية والتي أشرنا إليها أعلاه، ويكمن تصنيف هذه الحالات إلى(٢):

---

(١) المادة ١٢١/١/ب من دستور الجمهورية الثانية الأسبانية ١٩٣١.

(٢) Basosols Coma, La jurisprudencia del Tribunal de Garantias Constitucionales de la Segunda Republica Española, Madrid, 1981, p.75.

(٢٩) حالة تتعلق بدعوى حماية دستورية للنظام العام.

(١٠) حالات دعوى حماية دستورية عادية، بمعنى حماية للمقتضيات الدستورية من أنشطة السلطات العامة أثناء ممارستها لاختصاصاتها.

(٧) حالات تتعلق بدعوى حماية عن طريق الإحالة من قبل القاضي العادي في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

حالتين في مجال حل تنازع الاختصاص بين الحكومة المركزية ومقاطعة كاتالونيا cataluña.

حالة واحدة حول المسؤولية الجزائية للتمرد العسكري في كاتالونيا عام ١٩٣٤.

وتأسيساً على العرض السابق يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

فمن جهة أولى فإن الدستور والقانون الأساسي لمحكمة الضمانات الدستورية الأسبانيين لم يتناولا موضوع الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان بوضوح، وإنما يمكن استخدامها من خلال تفسير المصطلحات الواسعة والفضفاضة التي استخدمت من قبل المشرع الدستوري ومشرع القانون الأساسي للمحكمة.ومن جهة ثانية فان هذه المرحلة تتسم بضآلة الاجتهادات القضائية للمحكمة في مجال رقابة الأعمال غير التشريعية للبرلمان، حيث أنه وخلال استمرارية هذه المحكمة تم دراسة حالة واحدة تتعلق بالأعمال غير التشريعية للبرلمان وهي الحالة التي أشرنا إليها سابقاً والمتعلقة بحجب البرلمان الثقة عن الأمين العام لرئاسة الوزراء عام ١٩٣٥، ويعود سبب ضآلة الاجتهادات نتيجة لقصر المدة الزمنية التي دامت خلال قيام المحكمة ١٩٣٣-١٩٣٦ وكذلك نتيجة للصراع بين القوى المختلفة على الساحة السياسية الأسبانية آنذاك. الأمر الذي أدى إلى قيام النظام الدكتاتوري بزعامة الجنرال فرانكو، وبالتالي غياب الدولة

القانونـــية وهـــذا انعكس بدوره على محكمة الضمانات الدستورية، والتي أصبحت مجـــرد أحـــد لبنات الديكور القانوني للنظام السياسي الأسباني، واستمر هذا الحال إلـــى غايـــة انتهاء الحكم الدكتاتوري عام ١٩٧٥، وعودة النظام الملكي وصدور الدســـتور الحالـــي، والـــذي أنشئت بموجبه المحكمة الدستورية الأسبانية، وهذه الـــتجربة أصـــبحت من بين أكبر التجارب الأوروبية وأكثرها تطوراً، وخاصة في مجـــال حماية الحقوق والحريات الفردية، سواءً للمواطنين أو الأجانب من تعسف الســـلطات العامـــة أثـــناء قـــيامها بأعمالهـــا الممـــنوحة لها بمقتضى النصوص الدســـتورية؛ ومن هذه الأعمال أعمال البرلمان سواءً في مجال التشريع أو غيره من الأعمال البرلمانية. وهذه الأخيرة ستكون محور النقطة التالية.

المطلب الثاني
الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في ظل الدستور الأسباني ١٩٧٨

تعتـــبر الـــرقابة علـــى الأعمال غير التشريعية للبرلمان، من أهم المهام التي تمارسها المحكمة الدستورية الأسبانية والتي تم استحداثها على أثر دخول دستور ١٩٧٨ حـــيز التنفيذ والذي اقتضى ضرورة إنشاء محكمة دستورية من أجل تولي مهمـــة حمايـــة المقتضيات الدستورية، لا سيما منها المتعلقة بالحقوق والحريات الفردية عن طريق مختلف أشكال الطعون التي يتم رفعها لهذه المحكمة.

وبهـــدف مناقشـــة هـــذه الصـــلاحية الهامة من الصلاحيات الموكلة للمحكمة الدستورية، سنحاول تحليلها ومناقشتها من خلال نقطتين أساسيتين: الأولى تتناول الإطـــار التنظيمـــي للـــرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان، والثانية تتركز

حـول الـنطاق العملـي والتطبيقـي لهـذه الرقابة من خلال الوقوف على بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة الدستورية.

الفرع الأول

الإطار التنظيمي للرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان

بدايـة لا بد من التمييز بين الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية والرقابة علـى الأعمال غير التشريعية للبرلمان لكي نتمكن من تركيز دراستنا حول النوع الثاني من تلك الأعمال البرلمانية.

أولاً: التمييز بين الأعمال التشريعية والأعمال غير التشريعية للبرلمان:

إن الأعمـال التشـريعية للـبرلمان تخضع للرقابة على دستورية القوانين(١) سـواءً كـان ذلك عن طريق الدعوى الأصلية التي يلجأ إليها ذوي المصلحة، أم كـان ذلـك عن طريق الإحالة من قبل القاضي العادي للقاضي الدستوري بمناسبة نظـره لنزاع معين، وذلك في حالة إعتقاده بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على النزاع(٢).

أما الأعمال غير التشريعية للبرلمان فهي تلك الأعمال والقرارات التي لا ترقى لمسـتوى التشريع وتبقى لها القوة القانونية والتي تقوم بها أو تتخذها الجمعيات التشـريعية سـواءً كـان على المستوى الوطني أم المحلي وذلك بمناسبة التنظيم والإدارة الداخلية لتلك الجمعيات أو فيما يتعلق بالعلاقة بين الجمعيات فيما بينها أو بعلاقـتها مـع الأجهزة واللجان التابعة لها وهذا من ناحية الموضوع. ومن ناحية

(١) المادة ٣١ من الدستور الأسباني ١٩٧٨.
(٢) Jose Sales, 1982, op. cit. p 165.

أخــرى، يمكــن الاعتماد على دعوى الحماية الدستورية كمعيار للتمييز بين هذين النوعيــن من الأعمال، ففي حالة الأعمال التشريعية للبرلمان لا يمكن اللجوء إلى الدعوى الدستورية لحماية الحقوق والحريات الفردية إلا بعد استنفاذ كافة الطعون أمــام القضــاء العادي والدستوري، بمعنى آخر لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالة اســتنفاذ دعــوى الــرقابة علــى دستورية القوانين[١]. أما بالنسبة للأعمال غير التشــريعية فيــتم اللجوء للدعوى الدستورية مباشرة ودون شرط اللجوء للطرق الأخرى في الطعن أمام المحاكم العادية[٢].

ومــن ناحــية ثالــثة يمكن التمييز بين هذين الصنفين من الأعمال البرلمانية بالاســتناد إلــى معيار ميعاد الطعن بالأعمال أمام المحكمة الدستورية. حيث يمكن الطعــن بالأعمال التشريعية أمام المحكمة الدستورية خلال عشرين يوماً من تاريخ التبلــيغ بقــرار المحــاكم العاديــة أو الإدارية[٣]، أما ميعاد الطعن بالأعمال غير التشــريعية فــيكون خــلال ثلاثــة أشهر من تاريخ اكتساب العمل أو القرار غير التشريعي صفة القطعية[٤].

وتأسيساً على النقاط السابقة نلاحظ أن هناك عدة معايير للتمييز بين الأعمال التشــريعية مــن جهــة، والأعمال غير التشريعية للبرلمان من جهة أخرى، وهي المعــيار الموضوعي ومعيار الدعوى الدستورية لحماية الحقوق الأساسية وأخيراً معــيار ميعاد الطعن عن طريق الدعوى الدستورية، وهذه المعايير الثلاثة لا يمكن

(١) المــادة ٢/٥٣ من الدستور الأسباني ١٩٧٨، والتي تمنح كافة المواطنين إمكانية اللجوء إلى المحاكم لحماية حقوقهم وحرياتهم المنصوص عليها في الدستور.

(٢) المــادة٤٢ مــن القانون الأساسي للمحكمة الدستورية١٩٧٩. وتنص هذه المادة على: "أن القرارات والأعمــال غــير التشــريعية والتي تصدرها السلطة التشريعية الوطنية أو أحد مجالسها أو الهيئات التشــريعية فــي الأقالــيم، تخضع لدعوى الحماية الدستورية للحقوق والحريات الفردية خلال ثلاثة أشهر، إذا ما مست أحد الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور".

(٣) المــادة ٢/٤٣ مــن قانون المحكمة الدستورية١٩٧٩. وتنص على: "أن موعد الطعن بالأعمال غير التشــريعية عــن طريق دعوى الحماية الدستورية كطريق للطعن إحتياطيا، يكون خلال عشرين يوما بعد العلم بقرار محكمة القضاء العادي".

(٤) أنظر المادة ٤٢ السابقة الذكر.

الاستناد على أحدها دون الأخر من أجل التمييز بين الأعمال التشريعية وتلك غير التشريعية للبرلمان.

ثانياً: الموقف الفقهي والتشريعي من الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان:

بعد هذا الاستعراض السابق لأوجه الاختلاف بين الأعمال التشريعية والأعمال غير التشريعية للبرلمان، لا بد من الإجابة على التساؤل التالي: ما هو الأساس الدستوري والقانوني للرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان في المنظومة القانونية الأسبانية؟ وما هو موقف الفقه من هذا النوع من الرقابة؟.

من خلال قراءة للمقتضيات الدستورية المتعلقة باستحداث المحكمة الدستورية يمكن التأكيد على أن الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان، لم يتم إغفالها من قبل المشرع الدستوري، وإنما أشار لها صراحة في معرض حديثه عن الرقابة على الأعمال البرلمانية من قبل المحكمة الدستورية، لذا نجد أن الدستور الأسباني ١٩٧٨ قد نص على أن المحكمة الدستورية تختص (...دعوى حماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في المادة ٢/٥٣ من الدستور وفقاً لما يحدده القانون)[١].

واستناداً لهذا المقتضى الدستوري، نجد أن المشرع الدستوري الأسباني قد وضع الأساس للرقابة على الأعمال البرلمانية التي قد تلحق أضراراً بالحقوق والحريات الفردية، ولكنه لم يفصل في ذلك تاركاً مهمة التفصيل والتمييز بين أنواع الرقابة على الأعمال التي قد تلحق أو تضر بحقوق الأفراد وحرياتهم إلى مشرع القانون العادي الخاص بكل هيئة من الهيئات العامة التشريعية والتنفيذية

(١) المادة ١٦١ـ١/ب من الدستور الأسباني. والتي تقضي ب:" ١-اختصاص المحكمة الدستورية بالقضاء في كامل التراب الأسباني ومن ضمن اختصاصها... ٢-دعوى إلحماية الدستورية للحقوق والحريات الفردية والمذكورة في المادة ٢/٥٣ من هذا الدستور وفقا لما يحدده قانون المحكمة الدستورية".

والقضائية. ونهج المشرع الدستوري الأسباني بهذه الطريقة له ما يبرره من الناحية العملية والمنطقية حيث أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتضمن الوثيقة الدستورية كافة المقتضيات بشكل شامل وتفصيلي، وإنما يكون واجب المشرع الدستوري وضع الخطوط العريضة دون الدخول في التفصيل لأن التفصيل هو من اختصاص المشرع العادي أي السلطة التشريعية.

أما فيما يخص الأساس القانوني للرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان فهو أكثر وضوحاً ودقة من الأساس الدستوري، وهذا الأساس القانوني نجد له سنده في القانون الأساسي للمحكمة الدستورية Ley Organica del Tribunal Constitucional، والذي دخل حيز التنفيذ عام ١٩٧٩، وتحديداً في المادة ٤٢ من هذا القانون والتي تقضي بأن القرارات والأعمال البرلمانية التي ليس لها قوة القانون والتي تصدرها الجمعيات التشريعية المركزية (مجلس النواب ومجلس الأعيان) أو أي جهاز من أجهزتها أو الهيئات التشريعية في الأقاليم أو أي جهاز من أجهزتها والتي قد تمس الحقوق والحريات المحمية دستورياً، يمكن الطعن بها أمام المحكمة الدستورية خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ اكتساب هذه الأعمال أو القرارات الدرجة القطعية وفقاً للأنظمة الداخلية لتلك الهيئات أو أجهزتها[١].

ويضيف المشرع في معرض حديثه عن هذا النوع من الطعون أنه يعود الحق باللجوء للمحكمة لتحريك الدعوى الدستورية لكل من المتضرر من القرار غير التشريعي للبرلمان. وللمدافع عن الشعب[٢] ولوزير الادعاء العام[٣].

---

(١) المادة ٤٢من قانون المحكمة المذكور أعلاه.

(٢) المدافع عن الشعب Defensor del Pueblo، هي مؤسسة تم إنشاؤها بموجب المادة ٥٤ من الدستور الأسباني، ومهمتها الأساسية الدفاع عن الحقوق والحريات الفردية التي تضمنتها الوثيقة الدستورية، حيث تقوم بمراقبة سير الإدارة العامة وإعلام السلطة التشريعية بالتجاوزات على الحقوق والحريات، وكذلك اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة للطعن بالقرارات الإدارية أو الأعمال التشريعية إذا ما لزم الأمر.

(٣) وزارة الادعاء العام Ministerio de Fiscalia General، هي إحدى الوزارات التابعة لمجلس الوزراء ومهمتها الأساسية تحريك الدعوى العمومية، وتساهم جنباً إلى جنب مع مؤسسة المدافع عن الشعب في حماية المقتضيات المتعلقة بالحقوق والحريات الفردية.

ولكـــن قبل الشروع بتحليل ومناقشة هذه المقتضيات، لا بد من الوقوف على الاتجاهـــات الفقهـــية، فـــيما يـــتعلق بمسألة الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان، حيث يوجد اتجاهان فقهيان متناقضان:

الاتجاه الرافض للرقابة:

وهذا الاتجاه الفقهي يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضـــائية، ويـــرى أن منح القضاء سلطة مراجعة أعمال السلطة التشريعية، لا ســـيما الأعمال غير التشريعية منها فيه انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات، والذي يعـــد أحـــد الركائـــز الدســـتورية للنظام السياسي الأسباني. حيث أن الأعمال غير التشـــريعية هـــي أعمال وقرارات يتخذها البرلمان أو أحد أجهزته من أجل التنظيم الداخلـــي لعمله، فإذا ما سمح لأي سلطة أخرى حق مراجعة ذلك فهذا يشكل تدخلاً صـــارخاً في الشؤون الداخلية للسلطة التشريعية، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الـــتجاوز على مبدأ الفصل بين السلطات، ويستند هذا الاتجاه على التفسير الحرفي لبعض النصوص الدستورية كالمادة ٣/٦٦ من الدستور والتي تقضي بعدم التعدي وانـــتهاك الســـلطة التشـــريعية، وكذلـــك المادة ١/٧١ من الدستور والتي تتناول الحصـــانة البرلمانية للنواب والأعيان سواءً على المستوى المركزي أو المستوى المحلـــي، الأمـــر الـــذي يترتـــب عليه- حسب أنصار هذا الاتجاه- الحرية التامة والمطلقـــة للـــبرلمان المركزي والمحلي في إطار المنظومة القانونية والدستورية، وعلـــيـــه فيمـــنع علـــى القضـــاة والمحاكم أن يقوموا بتقييم محتوى عمل هـــذا البرلمان[1].

(١) Gomez Ferrer Morant, Derecho a la tutela judicial y posicion juridica peculiar de los poderes publicos, Revista de Estudios del Derecho Administrativo,n° 33, 1983, pp. 203'204.

الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة:

ويــرى هــذا الاتجــاه ضرورة الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان انطلاقــاً مــن مــبدأ المشــروعية والــذي يقضي بخضوع الحاكمين والمحكومين للمنظومة القانونية وعلى رأسها الوثيقة الدستورية(١)، ويقصد بالحاكمين السلطات العامــة والأجهــزة الــتابعة لهــا، وبمــا أن البرلمان المركزي (مجلسي النواب والأعــيان) والأجهــزة الــتابعة له ورئيسه وأعضائه والهيئات التشريعية المحلية وأجهزتها هي التي تشكل في نهاية المطاف السلطة التشريعية، وهذه الأخيرة هي إحــدى الســلطات العامــة الثلاث، فليس هناك ما يمنع من خضوع أعمالها غير التشريعية للرقابة من أجل تكريس وضمان الحقوق والحريات الفردية.

ولكــن هــذا الاتجــاه، مع أنه يرى ضرورة خضوع الأعمال غير التشريعية للــبرلمان لنوع من الرقابة، إلا أنه يرى أن هذه الرقابة يجب أن توكل لجهة أعلى مــن الســلطات العامــة الثلاث ومستقلة استقلالاً تاماً في مواجهتها، بهدف عدم حرمان الأفراد من إمكانية ممارسة حقوقهم وحرياتهم ويقفوا عاجزين عن الدفاع عــنها إذا أخذنا بالرأي الذي يمنح الأعمال البرلمانية غير التشريعية الحصانة إذا ما خالفت المنظومة القانونية(٢).

واســتناداً لهــذا الاتجــاه الفقهــي يمكن التمييز بين نوعين من الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية الأسبانية على الأعمال البرلمانية:

---

(١) المــادة٩/١ من الدستور الأسباني، والتي تقضي ب "خضوع الأفراد والسلطات العامة للدستور ولبقية المنظومة القانونية".

(٢) Recurso de Amparo contra actos sin fuerza de ley, Revista de las Cortes Generales, n° 7, 1986, p. 167. Y Santaolalla Lopez F., Dercho Parlamentario Español, Editorial Nacional, Madrid, 1984, p25

١- الرقابة عن طريق طعن احتياطي أو لاحق للطعون القضائية العادية والإدارية :

وتتناول هذه الرقابة الأعمال الإدارية التي تقوم بها الأجهزة التشريعية لان الإدارة والتنظيم جوانب أساسية في كل هيئة عامة والسلطة التشريعية هي إحدى هذه الهيئات العامة كالأعمال الإدارية التي يتبناها رئيس المجلس باسم المجلس، ومهمات الحفاظ على الأمن والنظام العام داخل المجلس[1]، وكذلك فيما يتعلق بالقرارات التي يتخذها المجلس أو لجانه فيما يتعلق بإشغال الوظائف والمناصب في الكادر الإداري للمجلس[2]، وكذلك أيضا" في حالة صدور قرار إقالة بعض أعضاء المجلس التشريعي المركزي أو المحلي، ففي مثل هذه الأحوال تكون الجهة المختصة بالرقابة هي المحكمة الدستورية؛ ولكن بشرط استنفاد طرق الطعن أمام القضاء الإداري. ففي حالة اللجوء إلى المحكمة الدستورية في مثل هذه الحالة، سيكون قرارها هو عدم الاختصاص لعدم توافر شرط استنفاد طرق الطعن الأخرى وهو شرط شكلي جوهري. وهناك قرارات بعدم الاختصاص أصدرتها المحكمة الدستورية سنشير إليها لاحقاً عندما نتناول الاجتهادات القضائية بخصوص الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان.

٢-الطعن المستقل والمباشر أمام المحكمة الدستورية :

كقاعدة عامة، فإن الأعمال غير التشريعية للبرلمان تخضع للطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية بواسطة دعوى الحماية الدستورية للحقوق والحريات الفردية، دون حاجة إلى ضرورة اللجوء إلى أية جهة قضائية أخرى، بمعنى أن الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان هي رقابة مباشرة من قبل المحكمة الدستورية بواسطة طعن موجه ضد العمل البرلماني غير التشريعي أمام هذه

(١) المادة ٣/٧٢ من الدستور الأسباني، وتنص على أن: "يمارس رؤساء المجالس التشريعية باسمها الصلاحيات الإدارية والمهام الأمنية في حدود مقارها".

(٢) تنص الفقرة الثالثة من المادة ٣٥ من نظام الموظفين في الجمعيات التشريعية الأسبانية الصادر في ١٩٨٣/٦/٢٣ على أنه " تخضع قرارات اللجان في البرلمان بخصوص شكاوى الموظفين للطعن الإداري وفقاً للقانون المنظم للقضاء الإداري".

المحكمة خلال ثلاثة أشهر من اكتساب العمل غير التشريعي الصفة النهائية، ومن أمثلة الأعمال غير التشريعية للبرلمان، الأعمال المتعلقة بحجب الثقة عن الحكومة أو أحد الوزراء، الأعمال البرلمانية المتعلقة برفع الحصانة عن أحد النواب أو رفض رفعها.

وتأسيساً على هذا التمييز، يمكن القول أن الصورة الأولى والتي تتعلق بضرورة اللجوء إلى القضاء العادي أو الإداري للطعن بالقرارات والأعمال الصادرة من الجهات الإدارية والقضائية والتشريعية الإدارية قبل اللجوء للمحكمة الدستورية هي عبارة عن رقابة احتياطية تمارسها المحكمة الدستورية بعد استنفاذ طرق الرقابة الإدارية عليها. بينما تعتبر الصورة الثانية وهي الرقابة المباشرة من قبل المحكمة الدستورية بأنها رقابة أصلية تمارس من قبل هذه المحكمة، فإذا ما تم اللجوء للقضاء الإداري مثلاً فإن هذه الجهة ترد الطعن لعدم الاختصاص، وسنشير لبعض الأمثلة التطبيقية من خلال الاجتهادات القضائية في البند التالي من هذه الدراسة.

ثالثاً: أصحاب الصفة في الدعوى:

بالنسبة لأصحاب الحق في التوجه للمحكمة الدستورية بهذه الدعوى، فقد أشارت لذلك المادة ١٦٢/١/ب من الدستور الأسباني والمادة ١/٤٦ من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية وهم: من لحقه أضرار بأحد حقوقه الأساسية سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ووزير الادعاء العام والمدافع عن الشعب.

ولكن هنا يجب التنويه إلى أن المقتضى الدستوري عند تحديده أصحاب الحق باللجوء للمحكمة الدستورية للطعن بالأعمال البرلمانية، جاء أوسع من النص الوارد في إطار القانون الأساسي للمحكمة الدستورية، حيث أن هذا الأخير اقتصر على الأشخاص الطبيعية دون المعنوية، بخلاف النص الدستوري الذي أشار إليهما معاً الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي قد يلحقها إضرار بحقوقها، يمكنها

التوجه إلى المحكمة الدستورية لتوجيه طعن ضد الأعمال التي تلحق الضرر بهم، وقد سارت المحكمة الدستورية للأخذ بالتفسير الواسع لمقتضيات المادة ١/٤٦ من قانونها الأساسي تماشياً مع النص الدستوري(١)

وقد أشارت المحكمة الدستورية في أحد أحكامها بالتحديد لأصحاب الحق باللجوء لهذه المحكمة لرفع دعوى الحماية في أحد أحكامها بالقول: "إن شرعية الطعن بواسطة دعوى الحماية الدستورية موزعة ومحددة في المادة ١٦٢/١/ب من الدستور والتي منحت هذا الحق لكل شخص سواءً كان طبيعياً أو حكمياً إذا ما انتهكت إحدى مصالحه المشروعة، الحقوق والحريات، وكذلك في المادة ١/٤٦ من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية والتي أضافت أيضاً كل من كان طرفاً في الدعوى القضائية السابقة، حيث أن دعوى الحماية ما هي إلا آخر وسيلة للحماية، وعليه فإن هذا الاجتهاد لا يعني أن مقتضيات القانون الأساسي للمحكمة تخرج عن إطار المقتضيات الدستورية...)(٢).

وأخيراً لا بد من التوقف بإيجاز لتوضيح الآثار القانونية المترتبة على أحكام المحكمة الدستورية بخصوص الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان.

بادئ ذي بدء، فإن المحكمة يجب أن تتخذ أحد قرارين: فإما أن تقرر قبول الدعوى وإما أن تقرر عدم قبولها(٣)، وإذا كان الحالة الثانية لا تثير إشكالية لأن المحكمة ترد الطعن ابتداءً؛ إما لعدم تقديمه في الميعاد المحدد أو أنه مقدم من شخص غير مخول دستورياً لذلك أو أنه من اختصاص جهة أخرى من القضاء

(١) هذا ما أكدته المحكمة الدستورية في حكمها بتاريخ ١٩٨٤/١١/١٦ حيث قضت بأن "الحق الشرعي بالتقدم للطعن بواسطة دعوى الحماية الدستورية للحقوق والحريات الفردية أمام المحكمة الدستورية محدد في المادة ١٦٢/١/ب من الدستور وهم كل شخص طبيعي أو معنوي كون له حق منتهك أو مصلحة...".

(٢) حكم المحكمة الدستورية ١٦/ ١١/ ١٩٨٤ والمنشور في الجريدة الرسمية للدولة بتاريخ ٢١/ ١٢/ ١٩٨٤..."..

(٣) المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية ١٩٧٩.

غـير المحكمـة الدسـتورية، فإن الحالة الأولى تثير إشكالية تحديد طبيعة القرار المتخذ ومضمونه.

ففيما يتعلق بمنطوق قرار المحكمة الدستورية لا يخرج عن ثلاث حالات، كما حددها القانون الأساسي للمحكمة الدستورية وهي[١]:

ا- الإعـلان عن إلغاء العمل غير التشريعي للبرلمان الذي ألحق ضرراً بأحد الحقوق والحريات المحمية دستورياً، أو/ و

ب-الاعـتراف بوجـود حق أو حرية منتهكة بواسطة العمل غير التشريعي، وبالتالي لا بد من اللجوء إلى إجراءات حمايته. أو /و

ج-تمكيـن صـاحب الحق من التمتع بحقه بكافة الوسائل المتاحة. هذا وقد تقـرر المحكمـة الدستورية بالإضافة لما سبق، حق الطاعن بالتعويض. وإذا مـا تضـمن قرار المحكمة الدستورية الحق بالتعويض، فإنه يتوجب اللجـوء إلـى الجهـة القضـائية المختصة بتحديد التعويض وهي وفقاً للمـنظومة القانونـية، القضـاء العـادي. ونشير إلى أن الجهة المحددة دستورياً للحكم بذلك هي محاكم القضاء العادي خلال مدة سنة من تاريخ نشر حكم المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية للدولة[٢].

(١) المادة ٥٥ من قانون المحكمة الدستورية.
(٢) المـادة ٥٨ من قانون المحكمة الدستورية. وكذلك حكم المحكمـة الدستورية ١٩٨٢/٣٧ بتاريخ ١٩٨٢/٦/١٦، والمتعلق بعدم اختصاص المحكمة الدستورية بتحديد قيمة التعويض والحكم به.

الفرع الثاني

النطاق العملي للرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان وفقاً للاجتهادات القضائية للمحكمة الدستورية

سنحاول في إطار الصفحات التالية الوقوف على أهم الأحكام الدستورية واجتهاد المحكمة حول تحديد نطاق الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان من الناحية العملية وذلك منذ إنشاء المحكمة. ونؤكد بداية إلى أننا لا نستطيع الوقوف على كافة الأحكام بهذا الخصوص، وإنما فقط سنتناول بعض الأمثلة والتي نعتقد، أنه من خلالها يمكن الوقوف على التطور الواقعي للرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية على هذا النوع من الأعمال البرلمانية، وبالتالي إمكانية تحديد طبيعة الأعمال البرلمانية غير التشريعية الخاضعة لرقابة المحكمة الدستورية، ومن هذه الأحكام على سبيل المثال لا الحصر:

١- لقد شكل قرار المحكمة الدستورية رقم ٦٠/ ١٩٨١بتاريخ ١٧/٦/١٩٨١ أول محاولات المحكمة الدستورية للخوض في مجال الرقابة على الأعمال غير التشريعية، ويتعلق هذا القرار بطعن مقدم ضد قرار مجلس النواب قبول تقرير وزير الدفاع الذي أطلع من خلاله مجلس النواب على الأحداث التي وقعت بتاريخ ٢٣ شباط١٩٨١، حيث أشار الطاعن أن هذا التقرير فيه انتهاك لمقتضيات المادة ١٨ والمادة ٢٤ من الدستور. وقد تضمن القرار عدم قبول الطعن(١).

٢-قرار المحكمة الدستورية بعدم قبول الطعن المقدم من أحد الموظفين العموميين في الحكومة رقم ١٤٧/١٩٨٢بتاريخ ٢٢/نيسان/١٩٨٢.

---

(١) Lorenzo Matin-Retortillo Baquer, El control por el Tribunal Constitucionalde la actividad no legislativa del parlamento, Revista de la Administracion Publica, n° 107 1985 . 105.

حيث أن الطاعن وجه طعناً لنشر سؤال لمجلس الأعيان في الجريدة الرسمية: يتساءل فيه المجلس(الأعيان) عن مدى ملائمة التعيين بالمنصب الحكومي، حيث سبب الطاعن طعنه بأن نشر مثل هذا السؤال من قبل مجلس الأعيان يتضمن نوع من التمييز بين المواطنين بسبب الآراء السياسية والذي أشارت إليه المادة ١٤ من الدستور بتحريم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس ...والآراء السياسية.

وقد أشارت المحكمة في معرض تسبيبها لقرارها أن هذا النشر لا يتجاوز حدود السير العادي لأعمال المجلس، وأن له جانب كبير من الحماية والحصانة لأعضاء مجلس الأعيان وفقاً للمادة ١/٧١ من الدستور.

وتأسيساً على ذلك نلاحظ أن المحكمة الدستورية ومنذ بداية عملها واجتهاداتها قد استقرت بموقفها المبدئي حول إمكانية الرقابة على الأعمال الداخلية للبرلمان، إذا ما أدت هذه الأعمال إلى انتهاك الحقوق والحريات الفردية، ولكنها وبنفس الوقت قد أكدت على الهامش الكبير من الحرية لمجلسي البرلمان في مجال تسيير شؤونها الداخلية وفقاً للمادة ٧٢ من الدستور والتي أكدت على ضرورة السير الحسن للأجهزة الداخلية للبرلمان. وفي هذا الإطار تقضي المحكمة بأنه(...من خلال تفسير المقتضيات الدستورية المختلفة سواءً تلك التي تحمي الحقوق والحريات الفردية أو تلك المتعلقة بتسيير البرلمان، فإنها تمنح البرلمان هامش من الحرية لتحقيق السير العادي للمؤسسة التشريعية ...)[(١)]. والجدير بالذكر أن هذا التوجه من المحكمة الدستورية فيه نوع من المحاباة للسلطة التشريعية على حساب حماية الحقوق والحريات الفردية،

(١) البند الخامس من حكم المحكمة الدستورية ١٩٨٢/١٤٧ بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٢.

مــبررةً ذلك بضرورة التسيير العادي للمؤسسة التشريعية، ويمكن تعزية ذلك إلى حداثة التجربة الأسبانية آنذاك.

٣- حكــم المحكمـــة الدستورية رقم ١٩٨٣/١٠١ والذي يتعلق بتقييد ومنع التمتع بالحقوق والمزايا الممنوحة للنائب (الحصانة البرلمانية) ما لم يقم بـــأداء اليمين الدستورية للحفاظ على الدستور. وهذا الحكم يتعلق بامتناع ثلاثـــة نواب عن إقليم الشمال الغربي Comunidad de Galicia عن أداء اليميــن الدســتورية، حيــث أصدر البرلمان لهذا الإقليم قراراً بعدم تمتع هؤلاء النواب الثلاثة بالحقوق والمزايا البرلمانية. الأمر الذي دفع هؤلاء الــنواب للــتوجه للطعــن ضد هذا العمل البرلماني، بحجة أن هذا القرار يخالف مقتضيات المادة ١٦من الدستور والمتعلقة بحماية حرية الاعتقاد، وكذلك المادة ٢٣ من الدستور والتي تكرس حق المشاركة السياسية. إلا أن المحكمـــة الدســتورية أصــدرت حكمهـــا بعدم وجود انتهاك لأي من الحقوق التي يحميها الدستور، مؤكدة إلى أن عدم أداء القسم هو مخالفة للمقتضيات الدستورية لا سيما المادة ١/٩ من ذات الدستور(١).

٤- حكــم المحكمة الدستورية رقم ١٩٨٣/١٢٢. وتتلخص وقائع هذا الحكم بالطعــن الذي توجه به ثلاثة نواب من حزب Herri Batasuna من إقليم الباســك الشمالي، ضد قرار البرلمان المركزي بعدم تمتع هؤلاء النواب الثلاثة بالحقوق والمزايا البرلمانية لامتناعهم عن حلف اليمين الدستورية بعــد انــتخابهم نوابــاً في المجلس مخالفين بذلك المادة(٢٠) من النظام الداخلـــي لمجلــس النواب. وقد كان حكم المحكمة في هذه الحالة مشابهاً للحكم السابق، حيث لم ترى المحكمة أن هناك حقاً منتهكاً لهؤلاء النواب،

(١) R. ruiz Lapeña, El juramente de los parlamentarios, volumen colectivo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Zaragoza,Institucion Fernando el Catolico, 1985, p.386.

وأن الادعاء بأن البرلمان في قراره السابق قد منعهم من التمتع بالحقوق والمزايا الممنوحة للنواب، هو ادعاء لا يستند لأساس قانوني، وبذلك فإن قرار مجلس النواب هو قرار مشروع وصحيح؛ لأنــــه يستند إلى المادة ١/٩ مـــن الدســـتور والمادة ٣/٢٠ من النظام الداخلي لمجلس النواب، والتـــي يقضـــي بضرورة أداء اليمين الدستورية من قبل النواب في أول جلســـة يعقدهـــا المجلـــس المنتخـــب؛ لكي يتمتعوا بالحصانة البرلمانية الممنوحة لهم دستوريا"[١].

٥- حكـــم المحكمـــة الدستورية رقم ١٩٨٤/٢٨ بتاريخ ٢٨/شباط/١٩٨٤، وهـــذا الحكم يتعلق بطعن تقدم به خمسة نواب من البرلمان المحلي لإقليم Navarra ضـــد قرار البرلمان المذكور بوقف مخصصاتهم بناءً على طلب الحـــزب الـــذي ينتمي إليه هؤلاء النواب وهو حزب الوسط الديموقراطي Partido de la Union del Centro Democratico وقـــد تضمن قرار المحكمة الدســـتورية بضـــرورة إلزام ذلك البرلمان بصرف كافة المخصصات التي يستحقها هؤلاء النواب عن مدة ولاية ذلك البرلمان.

والجديـــر بالذكـــر أن هـــؤلاء النواب الخمسة قد توجهوا أولاً لذات البرلمان للعـــدول عـــن قـــراره عن طريق طلب إعادة النظر، ولكنه أصر على قراره بوقف مخصصـــاتهم. الأمـــر الـــذي دفعهـــم،أي النواب، إلى اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالـــبة لإلغـــاء ذلـــك القـــرار، ولكن المحكمة الإدارية قد أصدرت قرارها بعدم الاختصـــاص، وأشـــارت إلـــى أن الاختصاص يعود للمحكمة الدستورية كون هذا القـــرار صادراً عن هيئة تشريعية محلية، وبالتالي فإنه يندرج في إطار المادة ٤٢ من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية والمادة ١٦٢/٢/ب من الدستور، وعليه

(١) R. Ruiz Lapeña;1985, op. Cit. P.387 .

يتوجب اللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية بواسطة طعن ضد العمل البرلماني غير التشريعي.

ومن الطريف في هذه القضية إلى أنه أثناء السير بهذه الإجراءات تم حل ذلك البرلمان، وبعد الحل صدر حكم المحكمة الدستورية، الأمر الذي تمكن معه الطاعنون المطالبة بالتعويض عن عدم تمكنهم من ممارسة عملهم كنواب، وهذا ما أيدته أيضاً المحكمة الدستورية، ولكنها أشارت إلى أنها غير مختصة بتحديد قيمة التعويض، وإنما الجهة المختصة بذلك هي جهة القضاء العادي وفقاً للمادة ٥٨ من قانون المحكمة الدستورية.

٦- وفي هذه الحالة نتوقف عند أحد الشروط التي يجب توافرها لقبول الطعن أمام المحكمة الدستورية ضد الأعمال غير التشريعية للبرلمان وهو شرط أن يكون العمل نهائياً، وبالتالي يعد هذا المثال حالةً تطبيقية لتأكيد أحد شروط دعوى الطعن في الأعمال البرلمانية غير التشريعية. وقد أكدت ذلك المحكمة في حكمها بتاريخ ١١/نيسان/١٩٨٤ والمتعلق بالبت بطعن مقدم ضد ترشيح برلمان إقليم قشتالة Comunidad de Casilla y Lion بتعيين أحد المتقدمين لوظيفة، ولم يتم اختياره مبدئياً بطعن أمام المحكمة الدستورية مستنداً في طعنه أن سلوك البرلمان المذكور يخالف المادة ١٤ والمتعلقة بمبدأ المساواة أمام القانون والمادة ٢/٢٣ من الدستور والمتعلقة بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في تولي الوظائف العامة.

وقضت المحكمة بعد دراسة الطعن بعدم قبول الطعن؛ لأنه موجه ضد عمل غير نهائي من جهة، ومن جهة أخرى لم يتم استنفاذ كافة طرق الطعن الأخرى أمام القضاء الإداري. وتأسيساً على هذا الاجتهاد القضائي، نلاحظ أن المحكمة الدستورية قد أعادت الأمور إلى نصابها الصحيح وفقاً للمقتضيات الدستورية والقانونية حيث تبين أنه وفي إطار المسائل المتعلقة بموظفي السلطة التشريعية،

وخاصـــة القرارات التي تصدر بهذا الخصوص لتنظيم أوضاع الموظفين والوظيفة العامة داخل هذه السلطة، يجب أن تتبع المراحل التالية للطعن بمثل هذه الأعمال:

أ- يجـــب أن يـــتوجه الطاعن (صاحب المصلحة) أولاً لذات الهيئة التي تبنت العمل غير التشريعي عن طريق طلب بإعادة النظر بالعمل المتخذ.

ب- إذا لـــم تســـتجب الهيـــئة يمكـــن الـــتوجه ثانياً إلى جهة القضاء الإداري المخـــتص بواســـطة طعن بالعمل البرلماني غير التشريعي لإلغائه، كونه قراراً إدارياً.

ج- إذا انتهـــت المـــدد القانونـــية المخصصة للطعون السابقة أو أنها لم تف بالغـــرض ولم تحقق الحماية المطلوبة، عندئذ يمكن اللجوء إلى المحكمة الدســـتورية بواســـطة طعـــن لإلغاء ذلك العمل وتحقيق الحماية المطلوبة للحـــق الذي انتهك، وهذا الطعن بخصوص الأوضاع الوظيفية في السلطة التشـــريعية هو الطريق الاحتياطي والاستثنائي لحماية الحقوق والحريات الفردية[1].

٧- ومـــن أجـــل تطويـــر أداء المحكمـــة الدستورية ووضع كافة المقتضيات القانونـــية المـــتعلقة بالمحكمـــة موضع التطبيق. نلقي الضوء على حكم المحكمة الدســـتورية ١٩٨٤/٦/٢٦ بخصوص الطعن المقدم من ستة نواب من برلمان جزر الكـــناري ضـــد إجـــراءات إقرار مشروع قانون الموازنة لهذه الجزر؛ فقد قضت المحكمـــة برد الطعن بسلامة الإجراءات، حيث ادعى مقدمو الطعن بأن البرلمان لم يعـــرض المشروع على لجنة المالية والموازنة في ذلك البرلمان، وقد اثبت ممثل الـــبرلمان في الدعوى أن اللجنة المذكورة قد قامت بدراسة المشروع. وكذلك فإن المحكمـــة بالإضافة لرد الطعن، فقد حكمت بتحميل النواب الستة المصاريف وكذلك

(١) لمـــزيد أنظـــر نـــص المادة ٣/٣٥ من نظام الموظفين في الجمعيات التشريعية الأسباني، المذكورة سابقاً.

الغـرامة بمقدار ١٠،٠٠٠ptas بما يعادل ٥٥ ديناراً أردنياً لكل نائب. ويلاحظ أن هـذا الـتوجه للمحكمة الدستورية قد نصت عليه المادة ٩٥ في الفقرات(٢)، (٣) مـن قانونها حيث تقضي الفقرة (٢) أن: "بإمكان المحكمة تحميل من يقوم بتوجيه طعن أمامها بسوء نية المصاريف الناشئة عن عملية البت في ذلك الطعن". وكذلك الفقـرة (٣) تقضي ب: "حق المحكمة بوضع عقوبة مالية على كل من يتوجه إلى المحكمة بطعن كيدي أو إذا كان متعسفاً باستعمال حقه بالطعن وتتراوح العقوبة ما بين ٥،٠٠٠-١٠،٠٠٠ ptas"[(١)].

٨- حكـم المحكمـة الدسـتورية رقم ١٩٨٥\٩٠ بتاريخ ١٤/تموز/١٩٨٥ بخصوص الطعن بقرار مجلس الأعيان بعدم رفع الحصانة عن أحد الأعيان (قضية بـارال)، بعد انتخابه عيناً في مجلس الأعيان، ويرجع طلب رفع الحصانة لمحاكمة العيـن كـارلوس بـارال Carlos Barral علـى إثر رفع دعوى ضده تتعلق بتهم ومساس بأحد الأشخاص في مقالة له نشرت في مجلة دفاتر الشمال Revista de cuadernos del Norte، وقـد قضت المحكمة الدستورية بقبول الطعن وإلغاء قرار مجلـس الأعيان بعدم رفع الحصانة عن ذلك العين المذكور، وضرورة إصدار قرار آخر من مجلس الأعيان بهذا الخصوص، وإذا كان القرار سلبياً كسابقه، فيجب أن يكون مبنياً على أسباب ومبررات تقتنع بها المحكمة الدستورية إذا ما تم الطعن به من قبل ذوي المصلحة.

٩- حكـم المحكمـة الدسـتورية رقـم١١٨/١٩٨٨ والمتعلق بالرقابة على الأعمـال البرلمانـية لحمايـة الحقـوق والحريات الفردية، حيث قضت المحكمة، بصـفتها الجهاز الأعلى لتفسير المقتضيات الدستورية، فإنها تملك صلاحية رقابة الأعمـال غير التشريعية من أجل تحقيق أكبر قدر من الحماية للحقوق والحريات

(١) لمـزيد أنظـر حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ١٩٨٤/٥/٢، حيث ردت المحكمة الطعن لعدم اللجوء بداية إلى القضاء الإداري.

المنصوص عليها في الدستور، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الطعن قد تقدم به (٦٧) نائب في البرلمان ضد قرار رئيس المجلس بالسماح لغير النواب الإطلاع على الوثائق ذات الطابع السري والتي لا يسمح بالإطلاع عليها إلا لأعضاء المجلس النيابي.

هذا وقد استقر اجتهاد المحكمة على أن الأعمال البرلمانية غير التشريعية تخضع للرقابة على النحو التالي[1]:

أ- الأعمال التي يتم اتخاذها وفقاً للأنظمة الداخلية للمجالس التشريعية تخضع لرقابة الملائمة بين القرار المتخذ والمقتضيات القانونية التي تضمنتها الأنظمة الداخلية.

ب- الأعمال المتخذة لتفسير النظام الداخلي أو لسد الثغرات في هذا النظام تخضع أولاً لرقابة القضاء الإداري كأصل عام، ولرقابة المحكمة الدستورية كوسيلة احتياطية لحماية الحقوق والحريات الفردية.

١٠- حكم المحكمة الدستورية رقم ١٩٩٥/٤٤، ومع هذا الحكم استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية على ضرورة توسيع نطاق الرقابة على الأعمال البرلمانية غير التشريعية، في كل الأحوال التي يكون هناك مساساً بالحقوق والحريات الفردية، بمعنى آخر أن المحكمة قد أقرت في أحكام سابقة الرقابة على الأعمال البرلمانية غير التشريعية وخاصة حكمها رقم ١٩٩٠/١١٩. وجاءت اجتهادات المحكمة في حكمها عام ١٩٩٥ مبنية على ما توصلت إليه المحكمة في أحكامها السابقة لإقرار مبدأ الرقابة على الأعمال البرلمانية غير التشريعية كوسيلة هامة لضمان وحماية الحقوق والحريات الفردية.

---

(١) هذا ما أكدته المحكمة الدستورية في حكمها ١٩٨٩/٧٧ حول توافر سوء النية أو التعسف في توجيه الطعون أمام المحكمة الدستورية.

وتأسيساً علـى هذا الاجتهاد، فإن المحكمة الدستورية حاولت توحيد الرقابة علـى الأعمال البرلمانية غير التشريعية أمام المحكمة الدستورية سواءً كانت هذه الأعمـال أعمالاً تهدف لتفسير النظام الداخلي للمجلس أو لسد الثغرات التي تعتري هـذا النظام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى الأعمال الخارجة عن هذا النطاق أي الأعمـال التـي تتنـاول مجـالات أخرى عدا تفسير النظام أو تكميل النقص فيه كالأعمـال البرلمانـية المتعلقة بتعيين موظفي المجلس والأعمال المتعلقة بالتنظيم الداخلي للمجلس ...الخ.

١١- حكـم المحكمة الدستورية رقم ٢٠٠١/١٠٧ بتاريخ ٢٣/نيسان/٢٠٠١ بخصـوص الطعن المقدم من نائب في مجلس النواب ضد قرار المجلس بعدم قبول طلـب مقدم منه لطلب معلومات من الإدارة العامة للدولة، أن الطلبات المقدمة من الـنواب للمجلـس للحصول على معلومات ووثائق من الحكومة لا تخضع لرقابة المجلـس، وكـل مـا هنالك أن الهيئة المختصة بتلقي هذه الطلبات تقوم بفحص شـكليات تقديـم الطلب دون الخوض بمضمونه، وعملية قبول الطلب بحد ذاتها لا تؤدي بالمساس بحقوق الغير، ولذا فإن المحكمة قضت بعدم مشروعية قرار رفض طلب النائب[١].

١٢- حكـم المحكمـة الدستورية رقم ٢٠٠١/٢٠٣ بتاريخ ١٥/تشرين أول/ ٢٠٠١ والمـتعلق بطعن ضد قرار المجلس النيابي بعدم إرسال طلب معلومات إلى الحكومـة، بحجة أن المعلومات المطلوبة هي من ضمن المعلومات المحمية، وقد قضـت المحكمة بعدم مشروعية هذا القرار وأيضاً قامت بتحديد الإطار الدستوري للمعلومات المحمية في المنظومة القانونية الأسبانية[٢].

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية لعام ٢٠٠١، والمنشـورة في: Revista Española de Derecho Constitucional, n° 64, Enero Abril2002, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid.

(٢) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ٢٠٠١، المرجع السابق. ص. ص. (١٨٩-...).

خاتمة وخلاصات:

تعتــبر الأعمال غير التشريعية للبرلمان، كما أشرنا سابقاً، من ضمن الأعمال التـــي تقـــوم بها السلطة التشريعية، كما هو الحال بالنسبة للأعمال التي تقوم بها الســـلطة القضـــائية والتي لا تمت بصلة للعمل القضائي المعروف بفض النزاعات عن طريق تطبيق المقتضيات القانونية على هذه الأخيرة.

وتتصـــل الأعمـــال غير التشريعية للبرلمان بكافة المجالات المتعلقة بالتسيير والتنظـــيم الداخلـــي للبرلمان سواءً علاقات المجالس المكونة للبرلمان أو علاقات الـــبرلمان كـــأحد فروع السلطات العامة مع بقية السلطات العامة في الدولة. كتلك القـــرارات التي يتخذها لتعيين الموظفين في كادره الوظيفي، أو القرارات المتعلقة بـــرفع الحصانة البرلمانية عن أحد أعضائه أو رفض رفعها أو تلك القرارات التي يتبـــناها أحد المجالس أو إحدى هيئاته أو لجانه بشأن من شؤون المجلس كرفض تســـجيل سؤال أو رفض الموافقة على استجواب أحد القائمين على الإدارة العامة للدولة ...الخ.

وتأسيســـاً علـــى ما سبق، نلاحظ أن الأعمال غير التشريعية للبرلمان سواءً كانـــت هـــذه الأعمـــال تخـــص فرداً معيناً بذاته أو كانت أعمالاً ذات طبيعة عامة وشـــاملة، فإنهـــا فـــي كثير من الأحيان تمس مصالح الأفراد وحقوقهم وحرياتهم المنصـــوص علـــيها في الدساتير، وعليه فإنه ومن أجل الحفاظ على هذه الحقوق وتلـــك الحريات الفردية وضمان حمايتها والتمتع بها، لا بد من وجود آلية قانونية لتحريك هذه الحماية وتفعيل الضمانات لها، وهذا لا يتسنى إلا إذا كانت هناك جهة قضائية محددة مسبقاً وبمقتضى نص دستوري صريح للقيام بهذه المهمة؛ فإما أن تكـــون هـــذه الجهـــة هـــي جهـــة القضـــاء العادي، كما هو معمول به في الدول الأنجلوساكسونية والتي تأخذ بوحدة القضاء. أو قد تكون الجهة المخولة بذلك هي جهـــة القضـــاء الإداري، كمـــا هـــو الحال في الدول التي تأخذ بازدواجية القضاء

باعتــبار أن الأعمال غير التشريعية للبرلمان ما هي إلا قرارات إدارية صادرة عن سلطة عامة وفقاً للمعيار المادي لتعريف القرار الإداري. وأخيراً هناك بعض الدول التــي لــم تمنح هذه الصلاحية لا لجهة القضاء العادي ولا لجهة القضاء الإداري وإنمــا منحــتها لجهــة القضــاء الدستوري، كما هو الحال بالنسبة لبعض الدول الأوروبية كألمانيا وأسبانيا.

ومــن خــلال دراستنا السابقة لموضوع الرقابة على الأعمال غير التشريعية للــبرلمان، وخاصــة الرقابة في ظل النظام الدستوري الأسباني المعاصر كتجربة مــتقدمة، نــأمل مــن المشرع الأردني أن يأخذ هذا الموضوع بنوع من التفصيل وخاصة التركيز على الملاحظات التالية، من أجل تطوير وتفعيل الحقوق والحريات الفردية، ومنع التعسف من قبل السلطات العامة أثناء ممارستها لأعمالها، لا سيما السلطة التشريعية عندما تقــوم بأعمال في غير مجال التشريع:

<u>أولاً:</u> اعتــبار الحقــوق والحريات الفردية والتي تضمنها الفصل الثاني من الدســتور، هي نواة هذا النوع من الرقابة على الأعمال غير التشريعية سواءً التي يتبناها مجلس الأعيان أم مجلس النواب؛ وذلك من أجل تفعيل حقيقي لهذه الحقوق والحــريات الفردية، وحبذا لو يكون هناك تشريع خاص لحماية الحقوق والحريات الفردية التي تضمنها الفصل السالف الذكر.

<u>ثانياً:</u> أن المشرع الأردني سواءً في المجال الدستوري أم المجال التشريعي العــادي لم يتخذ موقفاً صريحاً من الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمــان بمجلســيه (الأعيان والنواب) لا إيجاباً ولا سلباً، ولذا نتمنى على المشرع الأردني القــيام بإضافة مادة أو أكثر للفصل الثاني من الدستور لإخضاع مثل هذه الأعمال صراحةً للرقابة، خاصة تلك الأعمال التي قد تمس مصالح الأفراد وحقوقهم.

<u>ثالــثاً:</u> أن القضــاء قد اتخذ موقفاً واضحاً فيما يخص الأعمال التشريعية، حيــث اســتقر اجتهاد محكمة العدل العليا بعدم خضوع الأعمال التشريعية لرقابة

القضـــاء الإداري (رقابـــة الإلغـــاء) اســـتناداً لكون هذه الأعمال تخرج عن إطار القـــرارات الإداريـــة وفقـــاً للاجتهاد القضائي القائل في تكييف القرارات الإدارية: "العـــبرة فـــي التكيـــيف الذي يسبغه القانون وليس للتكييف الذي تعطيه الإدارة ". وبـــالأخذ بمفهـــوم المخالفـــة فـــإن الأعمال غير التشريعية تخضع لرقابة القضاء الإداري.

رابعاً: من خلال دراستنا لموقف النظم الدستورية المعاصرة من الرقابة على الأعمال غير التشريعية للبرلمان، لاحظنا أن هذه النظم، وخاصة النظام الدستوري الأســـباني، قـــد أخـــذت بضـــمانة احتياطية لحماية الحقوق والحريات الفردية بعد اســـتنفاذ كافـــة الطرق القضائية العادية والإدارية، وحبذا لو أن المشرع الأردني يـــأخذ بهذا النهج، ويتبنى أسلوب الطعن الاحتياطي لإلغاء الأعمال غير التشريعية للـــبرلمان بشـــكل خاص والأعمال الإدارية سواءً صادرة من السلطة القضائية أو الإدارة العامـــة للدولـــة بشكل عام، من أجل تفعيل الحقوق والحريات الفردية في المـــنظومة الدســـتورية الأردنـــية، لإخراجها من الإطار النظري البحت إلى الواقع العملي الملموس.

خيار العيب في القانون المدني الأردني

د. ياسين محمد الجبوري*

ملخص البحث:

إن انعقـاد العقد يستلزم توافر أركانه وشرائط انعقاده، وإذا تم ذلك ينشأ العقد صـحيحاً لازماً، يلتزم بموجبه العاقدان. غير أن أمر العقد ليس دائماً هكذا، بل قد يـنعقد العقد، ومن ثم يظهر عيب في المبيع إذا كان العقد مثلاً عقد بيع يؤدي إلى إن يلحـق بالمشـتري ضرر ما كان يجب أن يلحق به، من هنا تبرز أهمية خيار العيـب لأنـنا إذا أبقيـنا علـى العقد لازماً فأن معنى ذلك سيندم العاقد كثيراً على تصرفه هذا، ويتمنى لو انه لم يبرم هكذا عقد. لذلك أعطى العاقد (المشتري) خياراً يحـق له بموجبه أن يفسخ العقد ويتحلل منه، ويسمى هذا الخيار بخيار العيب، له شـروطه وأحكامه. ثم أن هذا الخيار قد يتداخل مع ضمان العيب الخفي الذي جاء الـنص علـيه فـي القانون المدني الأردني في المواد (٥١٢-٥١٧)، مما يتعين تحديد مدى هذا التداخل، وهل هو ضروري وقائم فعلاً؟ أم انه مجرد تداخل وهمي؟ هذا ما سنعالجه في هذا البحث.

* أستاذ مساعد – جامعة الزيتونة – كلية الحقوق- المملكة الأردنية الهاشمية.

المقدمــة:

يتمــتع عقــد البــيع بأهمية استثنائية من بين العقود المسماة وغير المسماة كافــة، لأن العقد الأكثر انتشاراً بين الناس. ويتمتع بأهمية استثنائية أيضا من بين عقود المعاوضات، إذ بموجبه يتم تبادل الحاجات بين الناس.

ومــن البديهــي أن عقــد البــيع يستلزم كأي عقد آخر توافر أركان انعقاده وشــرائطه، وهو بذلك يصبح لازماً للعاقدين، فلا يحق بعد ذلك لأي منهما التنصل عن العقد التخلي عنه بفسخه بإرادته المنفردة إذ يصبح العقد لازماً. غير أن الأمر لــيس علــى هــذا النحو دائماً إذ المتعاقد بعد أن يبرم العقد قد يظهر له عيب في المبــيع، يؤدي إلى أن يلحقه ضرر ما كان يجب أن يلحق به. فإذا كان العقد لازماً فــإن معــنى ذلــك أن العاقد سيندم كثيراً على إبرامه التصرف ويتمنى لو انه لم يعقــده. فهل نبقي على العقد لازماً للعاقد، أم أننا نجوز لمن عقد التصرف واطلع على العيب بعد ذلك أن يصبح العقد تجاهه غير لازمٍ بحيث يستطيع أن يتخلص من آثــاره بان يحق له فسخه، خاصة وان المادة (١٩٣) من القانون المدني الأردني تقضي بأنه:" يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ دون اشــتر اطه في العقد". والذي يتبين من خلالها، أن المشرع الأردني قد رتب خياراً آخر من الخيارات التي تجعل العقد غير لازم وهو ما يسمى بخيار العيب. هذا من ناحــية. ومــن ناحــية أخــرى أن للعيب شروطاً جاءت بها المادة (١٩٣/٤) من القانون المدني الأردني. يجب أن نحددها لان الخيار ينصب على العيب، والعيب له شروط معينة، إن لم تتوافر لا يعد عيباً. فلا يتحقق الخيار عندئذٍ. إن المشكلة التي تظهــر فــي هذا البحث هي أن القانون المدني الأردني درج على تنظيم الخيارات ومــنها خــيار العيب في إطار نظرية العقد والتي يفترض أن تكون قابلة للتطبيق علــى كافــة العقــود، لكــنه عاد ونظمها في صيغة أخرى ضمن العيوب الخفية والضمان الممنوح في حالة توفرها، مما يستلزم فك الارتباط بين الاختلافات التي

تنشـــأ عـــن ذلك ثم حل التعارض بين النصوص الذي سنلاحقه أثناء البحث، جراء هذا التنظيم المزدوج. فما هو خيار العيب؟ ومتى يثبت للعاقد، وما هي العقود التي يثبت فيها هذا الخيار؟ وما هي الشروط اللازمة لثبوت الخيار؟ وما هو حكم الخيار (آثـــاره)؟ ومـــا هـــي مســـقطات الخيار؟ هذا وتجدر الملاحظة بان خيار العيب قد يـــتداخل مع ضمان العيب الخفي الذي نص عليه القانون المدني في عقد البيع مما يتعين التطرق إليه وبيان هل أن هذا التداخل ضروري أم انه تداخل وهمي.

كـــل هـــذه المســـائل يلزمـــنا موضـــوع خيار العيب البحث فيها. وعليه فإننا سنعرض لخيار العيب على النحو التالي:

١ – التعريف بخيار العيب.

٢ – مشروعية خيار العيب في الفقه الإسلامي.

٣ – متى يثبت خيار العيب.

٤ – العقود التي تثبت فيها خيار العيب.

٥ – الشروط اللازم توافرها في العيب لثبوت الخيار.

٦ – حكم خيار العيب (آثاره).

٧ – مسقطات خيار العيب.

٨ – اثر الموت على خيار العيب.

٩ – رجوع صاحب الخيار بنقصان الثمن.

وسنتناول كلاً من ذلك في فقرة مستقلة:

(أولا) : التعريف بخيار العيب:

خـيار العيب، هو ما يثبت للعاقد المتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه، بسبب وجود عيب في المعقود عليه الذي تملكه؟ ومثال ذلك: إذا ما اشترى شخص كـتاباً فوجـده معيباً، كأن نقصت عدد صفحاته، أو أن عدداً منها كانت بيضاء أو غـير مقـروءة. فـيكون لـه الحق في فسخ العقد إذا لم يرضَ بالكتاب، وأبى أن يمضـي العقـد، وذلـك لان شرط السلامة من العيوب يعد من مقتضيات العقد. إذ الانـتفاع الكامل بالعين يتوقف على سلامتها من العيب، وهو ما يقصده العاقدان. فإذا فاتت السلامة لوجود العيب، انعدم الرضاء بالمعقود عليه، فوجب الرجوع إلى رضـا العـاقد به بعد ظهور العيب، فإذا رضي أجاز العقد، وإن أبى فسخه[1]. إن السـلامة في المعقود عليه مطلوبة للعاقد حتى من دون النص عليها صراحة في العقـد، ولذلـك صارت كأنها مشروطة فيه. وعلى هذا الأساس شرع خيار العيب الـذي يمـنح المشـتري حق رد المبيع لعيب لا يتسامح فيه[2]. ولذلك فإن إخفاء العيـب عـن المشتري (المتملك) يعد غشاً نهت الشريعة الإسلامية عنه، فلا يحل لأحـد أن يبيع سلعة بها عيب أو نقص أو خلل دون بيانه للمشتري. حيث قد نهى الرسـول الكـريم ﷺعن الغش في أكثر من حديث، كقوله عليه السلام "من غشنا فليس مـنا"، و "لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له". لذلك كله حظي خيار العيب باهتمام الفقه الإسلامي، وتناوله الفقهاء بالدراسة والتنقيب والتعريف، وقـالوا بـان خيار العيب هو الخيار الذي سببه العيب الذي في الشيء، وهو بذلك يعـد مـن باب إضافة الشيء إلى سببه[3]، وخيار العيب، لا شك يجعل العقد غير

---

(١) علـي الخفـيف، مذكـرات فـي أحكام المعاملات الشرعية، ١٩٤٤، ص٣٥٦-٣٥٧، الدكتور محمد يوسـف موسـى، أحكـام المعاملات، ص٤٧٩، محمد أبو زهره، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص٤٠٣.

(٢) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، جـ١، المكتب الفني، نقابة المحامين، عمان، ص ٢١٧-٢١٨، الإمـام عـلاء الدين أبى بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، جـ٥، ١٩٨٢/٢٧٤.

(٣) البابرتي، العنية، جـ٦/٣٥٥.

لازم، لان العيـب بحـد ذاته إذا ظهر في المبيع أو في المأجور أو في المرهون، يعطـي الحـق للعـاقد (المشتري والمستأجر) في أن يفسخ العقد، مما يصبح معه العقـد غير لازم؟ وما دمنا بصدد الكلام عن اهتمام الفقه الإسلامي بخيار العيب، لا بـد لـنا من أن نعرج إلى التعريفات التي جاء بها الفقهاء المسلمون على اختلاف مذاهب ومدارس الفقه الإسلامي، وهي كما يأتي:

(١) المذهـب الحنفـي: يعرف الحنفية خيار العيب بأنه: كل ما يوجب نقصاً في الثمن نقصاً فاحشاً أو يسيراً تبعاً لعادة التجار وعرفهم[١].

(٢) المذهـب المالكـي: يقـول المالكية بان خيار العيب هو كل نقص عن الخلقـة الطبيعـية أو عـن الخلقة الشرعية نقصاً له تأثير في ثمـن المبيع[٢].

(٣): المذهـب الشـافعي: وأما الشافعية فقد قالوا بان خيار العيب هو كل ما يـؤدي إلـى نقص العين أو القيمة نقصاناً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه[٣].

(٤) المذهب الحنبلي: أما عند الحنابلة فان العيب هو نقص عين المبيع ولو لـم تـنقص بـه قيمته، أو نقص قيمة المبيع في عرف التجار ولو لم تنقص عينه[٤].

والـذي يلاحظ من خلال هذه التعريفات أنها تفاوتت في تحديد المعرف (خيار العيب) فمنها ما هو منصب على كون العيب ينقص المبيع في ثمنه، ولم يأت على مـا إذا كـان العيـب ينقص المبيع ذاته، بان يفوت به غرض صحيح، ولا ينقص الثمن، كما يقول الفقهاء المسلمون (شراء شاة للأضحية فوجدها المشتري ناقصة

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، جـ٥/٢٧٤.
(٢) ابن رشد، بداية المشتهد، جـ٢/١٥٢.
(٣) النووي، المنهاج، جـ٢/٥١.
(٤) البهوتي، كشف القناع، ج٢/٢٣.

الأذن نقصاناً تؤثر في أجزائها دون ثمنها وقيمتها). وبعضها الآخر (أي التعريفات)، جاء على ذكر هذه الحالات. وعليه يمكن القول بان ما جاء به الشافعية والحنابلة أدق و أوضح واشمل للمعنى المطلوب من خيار العيب[1].

(ثانياً) : مشروعية خيار العيب في الفقه الإسلامي :

الأصل أن يكون المبيع سليماً من أي عيب ينقص من قيمته أو يؤثر في منفعته لمن يشتريه، وذلك لان المشتري عندما يقدم على شراء شيء يفترض فيه السلامة ضمناً، لذلك فان شرط السلامة مفروغ منه دون الاتفاق عليه، فالسلامة مشروطة في العقد بصورة ضمنية، والدليل على ذلك هو ما يأتي:

(١): إن غرض المشتري من شراء العين هو الانتفاع بها، والانتفاع بالعين لا يكتمل ما لم تكن تلك العين سليمة وخالية من العيوب التي تؤثر في سلامتها

(٢): إن الثمن المدفوع عادة مقدر كمقابل لعين سليمة خالية من العيوب، فالثمن كله يجب أن يقابله تسليم للعين كلها، فإذا وجدت العين معيبة فانه يجب إنقاص الثمن كحل منطقي وبديهي، ولكن المشتري عادة لا يرغب بذلك، وإنما يلجأ إلى فسخ العقد، لأنه لا يبحث عن عين معيبة بل يبحث عن عين سليمة كاملة.

فما كان مشروطا ضمنا وعرفا كان كالمشروط نصا، فان اختل هذا الشرط فقد ثبت للعاقد الذي حصل في جانبه نقص، أن يختار أحد أمرين، أولهما إمضاء العقد والقبول بالعيب، وثانيهما فسخ العقد، لان الغاية من العقد لم يحققها المبيع المعيب[2]. لذلك جوز الفقهاء المسلمون فسخ العقد لخيار العيب (بسبب العيب

---

(١) الدكتور محمد نوح علي معابده، قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ١٩٩٨، ص٢١٠.

(٢) انظر الدكتور محمد نوح، قاعدة الخراج بالضمان، المرجع السابق، ص٢١٠.

الــذي في المبيع)، وإقرار الفقهاء المسلمين للفسخ جاء مستندا على مجموعة من الأدلة النقلية والعقلية، مستقاة من المصادر التالية:

١. **القران الكريم:**

استند الفقهاء المسلمون في تبريرهم لخيار العيب على الآية الكريمة من قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم﴾ (١).

ووجــه الدلالــة في الجواز، انه إذا وجد في المبيع عيب يمنع المشتري من الاســتفادة مــن المبــيع، فكأن المشتري قد دفع ثمنا دون مقابل للبائع الذي اخذ الثمــن، وكان يفترض فيه أن يسلم المشتري مبيعاً كاملاً سليماً غير معيب، فكأنه أكــل مــال المشتري دون وجه حق(دون مقابل) وهذا يعد من باب أكل مال الغير بالباطل المنهي عنه شرعاً(٢).

٢. **السنة النبوية:**

لقــد وردت عــدة أحاديــث عن الرسول ﷺ في باب خيار العيب، استدل بها الفقهاء على جواز خيار العيب. جاء في الحديث الشريف عن الرسول ﷺانه قال: " مــن اشترى غنما مصرّاة فاحتلبها فأن رضيها امسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر "(٣).

٣- **المعقول:**

اســتدل الفقهــاء علــى خيار العيب من أن البيع من عقود المعاوضات وهذه العقــود يجــب أن تبنى على سلامة كل بدل من البدلين، فإذا سلم المشتري الثمن

(١) سورة النساء، آية ٢٩.
(٢) الدكتور محمد نوح، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص٢١٠.
(٣) أشار إليه الدكتور محمد نوح، المرجع السابق، ص٢١١-٢١٢.

كاملا للبائع وجب أن يسلمه البائع عوضاً (بدلا) كاملا. بمعنى أن يسلمه مبيعاً غير معيب. فإذا اختلت هذه الموازنة، بأن اختلت سلامة المبيع، فقد ثبت الخيار للمشتري، بأن يقبل أو لا يقبل، وعادة يلجأ إلى فسخ العقد. لأنه كما يقول الكاساني، يطلب من البائع أن يسلمه الفائت من المبيع بمقتضى العقد، وهو أي البائع عاجز عن نقل ذلك، فيثبت للمشتري الخيار[1].

(ثالثا) : متى يثبت خيار العيب:

خيار العيب كخيار الرؤية، يثبت للعاقد دون شرط في العقود التي تحتمل الفسخ. فهو يثبت دون حاجة إلى اشتراطه من قبل العاقدين في العقد. وبهذا فهو يختلف عن خيار الشرط وخيار التعيين، اللذين لا يثبتان للعاقد، ما لم يرد شرط بهما في العقد. إلا أن خيار العيب يثبت دون حاجة إلى ورود شرط صريح به، وهو من هذه الناحية يخالف خيار الرؤية. إذ أن خيار الرؤية لا يثبت بالشرط وإنما يثبت بحكم الشرع[2]. فخيار العيب، وان لم يكن في حاجة إلى شرط صريح به، فهو يثبت بالشرط دلالة، لان:" السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه. والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد، أن السلامة في المبيع مطلوبة للمشتري عادة...... لان غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروطة نصاً. فإذا فاتت المساواة كان له الخيار" [3].

وإذا كان خيار العيب يثبت دون شرط صريح به. أي انه يثبت دلالة، فهو إلى جانب ذلك يثبت بحكم الشرع أيضا. والأصل في شرعيته هو الحديث الشريف " من

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ٥، ص٢٧٤.
(٢) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، جـ ٤/٢٧٠.
(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص٢١٧-٢١٨، بالإشارة إلى الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٢٩٧.

اشـــترى شاة محفلة فوجدها مصرّاة، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام إن شاء أمسك وإن شاء رد ورد معها صاعاً من تمر"[1].

(رابعا) : العقود التي يثبت فيها خيار العيب:

إن خـــيار العيب كخيار الرؤية لا يثبت إلا في العقود التي تحتمل الفسخ، وهو مـــا أشارت إليه المادة (١٩٣) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها:" يثبت فســـخ العقـــد بخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ....". والعقود التي تحتمل الفسخ هي كما يأتي:

١- عقد البيع: يثبت خيار العيب للمشتري في المعقود عليه عندما يكون عينا معيـــنة بـــالذات، كما لو اشترى كتابا ولم يعلم أن به عيبا، وكذلك يثبت الخـــيار للـــبائع، عندما يكون الثمن عينا معينة بالذات، كما لو باع كتابا بلوحة، أو باع داراً بسيارة ثم اكتشف فيها عيبا لم يكن يعلمه من قبل.

٢- عقـــد الإيجـــار: يثبـــت خـــيار العيب للمستأجر إذا اكتشف عيبا في العين المـــأجورة، وله حينئذ إما أن يفسخ العقد، أو يمضيه. ويثبت الخيار كذلك للمؤجر إذا كان بدل الأجرة عينا معينة بالذات.

٣- القســـمة: عـــندما تقســـم الأعيان (القيميات) بين الشركاء ثم يكتشف أحد المتقاســـمين عيـــبا في نصيبه، فان له خيار العيب الذي يمكنه من فسخ العقد (القسمة) أو إمضاءها.

٤- الصـــلح عن مال على شيء بعينه: إذا كان بدل الصلح عيناً معينة بالذات، ثـــم اكتشـــف المتصالح عيبا فيها لم يكن يعلمه، فإن له خيار العيب الذي يمـــنحه حـــق فســـخ العقد أو إمضائه، لأن الصلح بمثابة البيع، إذ يعتبر

(١) الدكـــتور عبد الباسط جميعي، الدكتور محمد سلام مدكور، عبد المنعم حسني، عادل حتحوت، الوسيط فـــي شـــرح القـــانون المدني الأردني، جـ٢، القسم الأول، ١٩٧٩، ص٧٨٧، بالإشارة إلى الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٤/٢٧١، الكاساني، البدائع، ٤/٢٧٤.

معاوضـــة. ويلاحـــظ بـــان خيار العيب لا يثبت إلا في معقود عليه معين بالذات، أما ما يعين بأوصافه، فمناط تعيينه تحقق أوصافه فإذا لم تتحقق لم يكن محلا للعقد. ولا يثبت به خيار العيب(١).

(خامسا) : الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار:

تقضي المادة (١٩٤) من القانون المدني الأردني بأنه:" يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديما مؤثرا في قيمة المعقود عليه وان يجهله المشتري، وان لا يكـــون البائع قد اشترط البراءة منه ". يتبين من نص المادة (١٩٤) أعلاه، أن هـــناك شروطا معينة لا بد من توافرها في العيب ليثبت به الخيار للعاقد، وهذه الشروط هي كما يأتي:

١- يجب أن يكون العيب قديما.

٢- يجب أن يكون العيب مؤثرا.

٣- يجب أن يجهل العاقد وجود العيب، (أن يكون غير معلوم للعاقد).

٤- أن لا يشترط العاقد (المملك) براءته من العيب.

ونعرض فيما يأتي لكل شرط من هذه الشروط في فقرة مستقلة.

الشرط الأول: يجب أن يكون العيب قديما:

يجـــب لثـــبوت خـــيار العيب للعاقد المتملك، أن يكون العيب قديما.فمتى يكون العيب قديما؟

تبين المادة (٤/٥١٣)من القانون المدني الأردني، معنى العيب القديم بقولها:" يعتـــبر العيب قديما إذا كان موجودا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد

(١) الدكتور عبد الباسط جميعي وآخرون، المرجع السابق، ص٧٨٧-٧٨٨، الدكتور السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ٤/٢٧١-٢٧٢.

البائع قبل التسليم ". كما حددت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها معنى العيب القديم بأنه: " يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندا إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع". يتضح من نص هاتين الفقرتين من المادة (٥١٣)، أن هناك ثلاث حالات يكون فيها العيب قديما، وهي كما يأتي:

الحالة الأولى: إذا كان العيب موجودا في المبيع قبل إبرام عقد البيع:

يكون العيب قديما إذا كان ثابتا في المبيع قبل البيع، أي قبل الاتفاق على إبرام العقد. فالحصان المبيع إذا كان مريضاً بداءٍ عُضال قبل التعاقد، ثم قام مالكه ببيعه، يعد عيبه قديما، لان العيب(الداء العضال) وجد به قبل عقد البيع[١]. وليس مهما أن يكون العيب قد حدث خلال فترة طويلة قبل إبرام العقد أو خلال فترة قصيرة، فطول المدة التي حصل العيب فيها للمبيع أو قصرها ليست بذات أهمية ما دام أن العيب قد لحق بالمبيع قبل العقد. وهنا يكون العيب ثابتا حكما وقت العقد أو بعد ذلك، ولكن قبل التسليم. ويقع على المشتري عبء إثبات أن المبيع كان معيبا قبل العقد.فهو الذي يكلف بإثبات وجود العيب القديم في المبيع، وله في ذلك استخدام كافة طرق الإثبات، بما في ذلك الشهادة والقرائن. لان مسألة العيب القديم تعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات [٢].

الحالة الثانية: إذا حدث العيب بعد التعاقد وقبل تسليم المبيع إلى المشتري:

في هذه الحالة، يكون المبيع سليماً من العيب قبل البيع، وكذلك بعد البيع، ولكن قبل قيام البائع بتسليمه إلى المشتري يلحق به عيبٌ ما. فالعيب يعتد به في هذه الحالة ويعد قديماً، ويثبت به الخيار للمشتري، إذ يكون البائع مسؤولاً عنه. والمبيع هنا يفترض أنه كان سليماً من العيب قبل العقد، ويفترض أيضا أن الملكية

---

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، ط١، ١٩٩٣، ص٣٩٩، انظر كذلك نص المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي، انظر سليم رستم باز، شرح المجلة، ص١٥٧، وهو يعرض شرح المادة (٣٣٩) من المجلة.

(٢) سليم رستم باز، شرح المجلة، المرجع السابق، ص١٥٧، بالإشارة إلى الدر المختار.

انتقلـــت إلـــى المشتري، إلا أن التسليم قد تأخر لسبب ما، فترة وجيزة من الزمن، وأثـــناء تلك الفترة لحق العيب بالمبيع وهو الذي يسري عليه(١). لان المبيع إذا لم يكـــن ســـليماً من العيب قبل العقد، سرى عليه حكم الحالة السابقة(٢). ويلاحظ انه يجـــب لثـــبوت الخيار للمشتري، أن يكون العيب قد حدث بتقصير منه، كما لو تم اعـــذاره مـــن قبل البائع بضرورة تسلم المبيع فامتنع أو تأخر في ذلك، لأنه حينئذ ســـيتحمل هو تبعة امتناعه أو تأخره، ولا يسأل البائع عن العيب(٣). يبدو واضحاً من خلال أحكام هذه الحالة، إن المشرع الأردني قد ربط تبعة العيب بتسليم المبيع لا بانـــتقال ملكيـــته. إذ العيب قد حدث في المبيع بعد العقد وقبل التسليم. والملكية تنـــتقل إلـــى المشـــتري بمجـــرد انعقاد العقد. أما لو انه حدث بعد تسلم المشتري للمبـــيع، لكان هو مسؤولاً عنه وليس البائع. والمشرع الأردني في حكمه هذا تأثر بالفقه الإسلامي، الذي يعتد بالعيب إذا حدث عند المملك سواء احدث قبل التعاقد أم حدث بعده، وقبل تسليم المبيع إلى المتملك (المشتري)(٤).

هذا ويلاحظ بأنه لا يكفي أن يكون العيب قد حدث قبل تسليم المبيع، بل يجب أيضـــا أن يـــبقى العيب ثابتاً بعد تسليمه إلى المشتري، لان العيب الذي يحدث قبل التسليم ويزول قبله لا يعد قديماً فلا يثبت بموجبه الخيار للمشتري(٥). فمن يشتري مـــنزلاً وبعد أن تسلمه سقط جداره لم يكن له أن يرده إلى بائعه بخيار العيب، ما دام أن ســـقوط الجدار لم يرجع إلى عيب قديم فيه قبل تسلمه، لان المبيع قد وصل

---

(١) علـــي الخفـــيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص٣٥٨، الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٣٩٩.
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٣٩٩.
(٣) انظر في آثار الأعذار، الدكتور ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، جـ ٢، آثـــار الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، الإصدار الثاني، ٢٠٠٣، ص ٢٢٩ وما بعدها.
(٤) الدكـــتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المركز القومي للنشر، اربد، ط١، ٢٠٠٠، ص١٥٢، بالإشـــارة إلى مصطفى الزرقا، عقد البيع، ص٢٠٣، انظر كذلك السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ٤/٢٧٣.
(٥) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، جـ٤/٢٧٤.

إلى يد المشتري سليماً، وذلك هو مقتضى العقد[1]. ويقع عبء إثبات حصول العيب قبل التسليم على المشتري، وله في ذلك أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات بضمنها الشهادة والقرائن، لان العيب يعد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، والخلاف الحاصل بين البائع والمشتري عن الوقت الذي حدث به العيب، كأن يدعي البائع مثلاً أن العيب قد حدث بعد تسليم المبيع إلى المشتري، ويدعي المشتري أن العيب قد لحق بالمبيع قبل تسليمه إليه، يمكن حله وحسمه عن طريق الخبراء[2].

الحالة الثالثة: إذا حدث العيب بعد التسليم، لكنه استند إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع:

العيب في هذه الحالة حادث بعد تسليم المبيع إلى المشتري، ولكن حكمه حكم العيب القديم، لان مصدره أو أصله قديم، يرجع إلى البائع، لكن فاعليته وانتشاره لم يستفحلا في المبيع إلا بعد أن تم التسليم. ومثال ذلك، ما إذا كان المبيع قطيع من الغنم، وكانت إحدى الشياه أو اثنتان مريضتين بمرض معد، أو كانتا فيهما جرثومة مرض معيناً في بدايته. وتم تسليم القطيع إلى المشتري، إلا أن عدوى المرض انتشرت إلى بقية القطيع من الشاتين المريضتين. فالخيار في هذه الحالة يثبت للمشتري، رغم أن العيب قد حدث بعد تسلمه للمبيع، وذلك لان العيب استند إلى سبب قديم كان موجوداً في المبيع عند البائع. ومثال ذلك أيضا، ما إذا اشترى شخص حصان كان قد أكل أشياء سامة قبل تسليمه إلى المشتري، فظهرت آثارها وأعراضها عليه بعد التسليم، فالعيب يستند إلى سبب قديم يثبت به الخيار للمشتري[3]. ويقع عبء إثبات أن العيب كان موجوداً عند البائع قبل البيع أو قبل التسليم رغم ظهوره بعد التسليم على عاتق المشتري، فهو الذي يجب عليه أن

---

(١) علي الخفيف، أحكام المعاملات[٠]، المرجع السابق، ص٣٥٨.
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص٤٠٠.
(٣) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٠-٤٠١، الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٥٣، الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٤/٢٧٤، بالإشارة إلى المهذب، ١/٢٨٤.

يثبت، بكافة طرق الإثبات أن انتشار العيب كان سببه قديماً، وانه رافق المبيع عند التسليم. وللبائع أن يثبت أن تفاقم العيب في المبيع كان بسبب المشتري، أو كان بإمكان المشتري أن يتفادى العيب ببذل جهد معقول. وللمحكمة سلطة تقديرية في تحديد مدى ومقدار مسؤولية المشتري عند تفاقم العيب. فإذا تبين للمحكمة إن العيب ما كان ليتفاقم لولا تقصير المشتري، أو انه كان من الممكن أن يتفاداه ببذل جهد معقول يبذله الشخص المعتاد، ولكنه لم يبذل هذا الجهد، قامت مسئوليته وتحققت (مسؤولية المشتري) عن العيب[1]، ولا يحق له أن يتمسك بالخيار. فإذا كان العيب قديماً بمختلف حالاته فان خيار العيب يثبت للعاقد المتملك ويكون باستطاعته إما أن يفسخ العقد، وإما أن يقره ويمضيه.

شروط العيب القديم كما جاءت في نص المادة (٥١٣/٤):

لقد لاحظنا أن العيب القديم في المعقود عليه يتمثل بثلاث حالات ، غير انه لكي يعد العيب قديماً لا بد من أن تتوافر شروط معينة تضمنتها المادة (٥١٣/٤) من القانون المدني الأردني، التي جاء فيها انه:"يشترط في العيب القديم أن يكون خفياً، والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة". يبدو واضحاً من منطوق نص المادة (٥١٣/٤) أعلاه، انه يشترط حتى يكون العيب قديماً أن يكون العيب خفياً. فمتى يكون العيب خفياً، وما معناه؟ لقد حددت الفقرة الرابعة من المادة (٥١٣) أعلاه شروط العيب الخفي وعلى النحو التالي:

١- يجب ألا يعرف العيب بالمشاهدة.

٢- بجب ألا يتبينه الشخص العادي.

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠١، بالإشارة إلى الدكتور توفيق حسن فرج، البيع والمقايضة، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥، ص٤٤٤-٤٤٥.

٣- يجب ألا يكتشفه إلا خبير.

٤- يجب ألا يظهر العيب إلا بالتجربة.

ونعرض فيما يلي لكل شرط من هذه الشروط كلاً في فقرة مستقلة:

(١): يجب ألا يعرف العيب بالمشاهدة:

يعد العيب خفياً، ومن ثم قديماً إذا كان لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع. أما إذا كان مما يمكن معرفته بمجرد المشاهدة لظاهر المبيع، فانه لا يعد عيباً خفياً، يثبت بـه خيار ولا يسأل البائع عنه. فمن يشترِ سيارة وبها عيب في محركها، لا يمكن تبينـه بالمشاهدة المجردة والعادية، يكون قد اشترى سيارة بها عيب خفي. أما إذا كـان العيب بهيكل السيارة الخارجي، كما لو أنها كانت قد تعرضت لحادث اصطدام بحيـث يمكـن تبين العيب بمجرد المشاهدة، فالعيب يعد عيباً غير خفي، بحيث لو اقدم المشتري على شراء تلك العين لما أمكنه المطالبة بالضمان، ومن ثم فلا يثبت لـه الخيار، لكون المشتري في هذه الحالة لم يبذل عناية الرجل المعتاد في فحصه للشـيء الـذي يقـدم على شرائه، وعليه فلا يستحق الحماية لإهماله، وكذلك لا يسـتطيع الرجوع على البائع[١]. هذا ويلاحظ بان بعض القوانين المدنية، كالقانون المدنـي العراقـي فـي المادة (٥٥٩) والمدني المصري في المادة (٤٤٧/٢) قد استثنيا حالتين تنهض معهما مسؤولية البائع عن ضمان العيب، ومما يمكن معهما أن يثبت الخيار للمشتري، رغم أن المشتري بإمكانه اكتشاف العيب لو بذل العناية المطلوبة في فحصه المبيع وهما:

١- إذا كان البائع قد أخفى العيب غشاً منه.

٢- إذا كان البائع قد أكد للمشتري خلو المبيع من العيب الذي ظهر فيه العقد.

(١) الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص١٥٤.

ويرى بعض الشراح وبحق، انه من الممكن الأخذ بهاتين الحالتين في القانون المدني الأردني رغم إغفال المشرع النص عليهما، وذلك لان إخفاء العيب من قبل البائع يجعل مسألة اكتشافه تحتاج إلى فحص وخبرة غير عاديتين، مما يجعله يلحق بالعيب الخفي، ثم أن تأكيد البائع للمشتري، خلو المبيع من العيب، يعد بمثابة تغرير لحق بالمشتري عند إبرامه العقد[1]. وهنا لا بد من أن يصاحبه غبن فاحش ليترتب عليه أثره في فسخ العقد. أما العيب الذي ليس بالإمكان معرفته بمجرد المشاهدة لظاهر المبيع، فانه يعد عيباً خفياً، تنهض معه مسؤولية البائع تجاه المشتري، سواء أكان المبيع منقولاً أم عقاراً، حتى وان كان ممكناً معرفة العيب عن طريق آخر، غير طريق المشاهدة المجردة[2]. لان العيب لا يعد قديماً بالنسبة له.

(٢) : يجب ألا يتبينه الشخص العادي:

لا يعد عيباً خفياً، العيب الذي يتبينه الشخص العادي متوسط الحرص. فإذا أقدم شخص على شراء آلة فيها كسر وتسلمها دون أن يفحصها أصلا، أو انه فحصها دون أن يبذل عناية الرجل العادي في فحصه لها، فانه ليس بإمكان مساءلة البائع عن ضمان العيب' فالذي يلاحظ انه إذا استمر المشتري وابرم العقد حتى مع وضوح العيب بالنسبة له، فانه أي المشتري، لا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان لأنه مقصر، وكذلك لا يثبت له خيار العيب، إذ العيب في هذه الحالة لا يمكن اعتباره قديماً. لأنه قد تبينه، ومن تبينه لا يعد بالنسبة له عيباً خفياً[3]. أما إذا كان العيب من النوع الذي لا يمكن للشخص العادي أن يتبينه، فانه يعد بالنسبة له عيباً خفياً، إذ في مثل هذه الحالة يحتاج إلى شخص محترف أو

---

(١) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٥٤ هامش (٢).
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص٤٠٢.
(٣) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٢-٤٠٣

شـــخص خبـــير لفحص الشيء وتبينه، وهذا النوع من العيوب يسأل عنه البائع، وهو ما سنعرضه في الفقرة التالية:

(٣) : يجب ألا يكتشفه إلا خبير:

يعـــد عيباً خفياً، ومن ثم عيباً قديماً، العيب الذي لا يمكن أن يكتشفه إلا خبير، أو لا يـــتم اكتشـــافه إلا بواســـطة طرق عملية خاصة. لان العيب في هذه الحالة يـــتجاوز العـــناية التـــي يبذلها الرجل المعتاد في فحص المبيع[١]. والمشتري غير ملزم في مثل هذه الحالة أن يخضع المبيع إلى الفحوص العلمية والمخبرية، ويبقى البائع مسؤولاً عن العيب في حالة ظهوره. غير انه إذا كان المشتري قليل الخبرة، هـــل يلـــزم بالاستعانة بخبير لفحص المبيع قبل شرائه؟ وإذا لم يقم بذلك فهل يعد مقصراً في فحص المبيع، فلا يثبت له الضمان ولا الخيار؟ ثم ما هو الحكم لو كان المشـــتري شخصـــاً محترفاً وله خبرة واسعة ودراية كافية في مجال البيع، وهل يستوجب ذلك من المحكمة التشدد معه من حيث مدى إمكانية كشفه للعيب؟ إن من يشـــتري داراً يفقد حقه في الرجوع بالضمان على البائع، ولا يثبت له خيار العيب كذلك، إذا لم يلاحظ عيباً في المبيع، في الوقت الذي يتمكن أي شخص له أو ليست له معرفة بالبناء، من اكتشاف العيب في الحال. فالعيب في هذه الحالة لا يعد خفياً. لان فحـــص المبـــيع بمـــا ينبغـــي مـــن العناية (عناية الرجل العادي) يستلزم من المشتري، إذا كان قليل الخبرة، أن يستعين بمن هم أكثر خبرة ودراية واختصاصاً مـــنه فـــي هذا المجال. فإذا لم يتمكن المشتري لعدم خبرته أو لقلتها من اكتشاف العيـــب، رغـــم أن العيب يبدو ظاهراً بالنسبة لشخص آخر أكثر خبرة ودراية، فان العيـــب لا يعـــد خفـــياً، إذ الواجـــب يحتم على المشتري أن يلجأ إلى طلب العون والمســـاعدة، وهذا ما يقوم به عادة الشخص العادي[٢]. أما بالنسبة للمشتري إذا

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٣.

(٢) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٥٥، بالإشارة إلى الدكتور خميس خضر، العقود المدنية الكبـــيرة، دار النهضـــة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٧٩، ص٢٢٩، الدكتور انور سلطان، شرح عقدي البـــيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص٢٥٧، الدكتور سمير تناغو، ص٣١٧، الدكتور كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، مطبعة دار السلام، بغداد، ط١، ١٩٧٣، ص٢١٩.

كان شخصاً محترفاً وله دراية وخبرة في مجال البيع، فانه على المحكمة ألا تتشدد معــه لمجرد خبرته ودرايته، وان تعامله معاملة الرجل العادي ذي الخبرة العادية. رغم أن المحكمة من الناحية العملية قد لا تغض الطرف عن خبرة المشتري وتأخذ ذلك بنظر الاعتبار[1]. وهنا يمكننا القول بان مؤاخذة المحكمة لهذا الشخص قد يعد مــن بــاب مساءلته عن إهماله وعدم حرصه على تفحص المبيع، إذ يجدر به أن يــبذل حداً أدنى من العناية في تفحص المبيع، أما وانه يعد خبيراً في مجال المبيع الذي اشتراه، وانه أقدم على شرائه دون اكتراث فإنه إنما يدل على لا مبالاته التي يجب أن يتحمل النتائج المترتبة عليها.

(٤) : يجب ألا يظهر العيب إلا بالتجربة :

يعــد العيــب خفــياً إذا كــان لا يظهــر ولا يمكن معرفته إلا بتجربة المبيع. والمقصــود بــتجربة المبيع هنا، وضع المبيع موضع الاستعمال، كالسيارة التي لا يمكــن معــرفة صــلاحيتها، وما إذا كان فيها عيب أم لا، إلا باستعمالها وقيادتها مســافات طويلــة[2]. ولــيس المقصود بالتجربة هنا، التجربة الأولية المتمثلة في تشــغيل المبيع (إذا كان جهازاً مثلاً) والتي يفترض في كل مشترٍ حريص أو حتى متوســط الحــرص أن يقــوم بهــا قبل إقدامه على إبرام العقد[3]، ومع ذلك فان المشــتري الذي لا يجرب المبيع قبل العقد، ويبرم العقد ويقبض المبيع ويستعمله، ثــم يظهر العيب بعد ذلك، يثبت له الخيار والضمان، لان العيب يعد خفياً، إذ هو لم يظهر إلا بعد تجربة المبيع[4]. ولنا أن نتساءل عما إذا قام المشتري بتجربة المبيع لفترة زمنية معينة ولكن الظروف كانت غير مهيأة للكشف عن العيب، كما لو كان المبــيع مــنزلاً وتــم شــرائه في فصل الصيف حيث لا توجد الأمطار ولا الثلوج، ومضــت مــدة أربعة إلى خمسة شهور بعدها حل فصل الشتاء وانهمرت الأمطار

---

(١) الدكتور علي العبيدي، شرح إحكام عقدي البيع والإيجار، ص١٥٥.
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص٤٠٣-٤٠٤.
(٣) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٥٤-١٥٥.
(٤) انظر قريباً من ذلك الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص٤٠٤.

وتساقطت الثلوج فإذا بالسقف تتسرب منه المياه والمواسير غير صالحة. هنا نعتقد أن البائع يكون مسؤولاً عن العيب، حتى لو تمت تجربة المبيع بضعة اشهر، لان العيب لا يمكن معرفته، ومن ثم استظهاره إلا بتجربة الدار واستعمالها القدر الكافي، حتى إن تجاوز الاستعمال اشهر عديدة، حيث أن العيوب لا يمكن معرفتها والكشف عنها إلا في فترة معينة[1]. أما إذا تهيأت للمشتري تجربة المبيع قبل البيع، ثم اشتراه بعد ذلك، كما لو كان مستأجراً للدار ثم اشتراها، وكان يعلم بحالة الجدران وأنابيب المياه والعيب الذي فيهما، فلا يمكنه التمسك بضمان العيب ولا يثبت له الخيار، لان العيب في هذه الحالة لم يكن خفياً بالنسبة له. فهو قد جرب المبيع قبل شرائه ولم يعترض عند البيع[2].

انتفاء مسؤولية البائع عن العيب القديم بموجب نص المادة (٥١٤) :

غير أن البائع قد لا يسأل عن العيب القديم الذي عرضنا لحالاته الثلاث ولشرطه المتمثل بأن يكون خفياً، وما يستوجب لاعتبار العيب خفياً من شروط، وذلك إذا قامت حالات معينة تضمنتها المادة (٥١٤) من القانون المدني الأردني، والتي تقضي بأنه:"لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية:

١- إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع.

٢- إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.

٣- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر.

٤- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين، إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب.

---

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٤.
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٤.

٥- إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية". يلاحظ بان بعـض هذه الشروط قد يتداخل مع شروط العيب الذي يثبت به الخيار والواردة في المادة (١٩٤)[١]، ورغم هذا التداخل فإننا سنوجز في البعض منها تاركين عرض التفاصـيل إلـى حين الكلام عن شروط العيب. وأما البعض الآخر فسنبحثه بشيء من التفصيل على النحو التالي:

(١) : إذا بين البائع العيب للمشتري حين إبرام العقد:

لا شـك في أن مسؤولية البائع عن ضمان العيب تنتفي ولا تتحقق إذا ما قام ببيـان العيب للمشتري. لأنه، أي العيب لم يعد بعد خفياً وقديماً، إذ أن بيانه يعني انـتفاء صـفة كونه خفياً لا يعلمه المشتري أو قديماً. ثم إن المشتري إذا ما علم بالعيب ورغم ذلك أقدم على شراء المبيع ذاته، فهو ليس بحاجة إلى الحماية، فإنه أقدم على شراء المبيع وهو على بينة من بمر العيب الذي فيه[٢]. ثم أن المشتري حيـنما علـم بالعيب من قبل البائع، فان بإمكانه أن يتفاوض مع البائع على ثمن المبـيع وغالـباً ما يتم تخفيضه. فالثمن يمثل قيمة المبيع مع وجود العيب، إذ يتم الاتفاق غالباً على هذا الأساس. وقبول المشتري لشراء المبيع في حالته هذه، يعد وكأنـه قـد تنازل عن حقه في الضمان[٣]. والمشتري في هذه الحالة، لا يثبت له خـيار العيـب. ويلاحـظ بان العيب الذي لا يسأل عنه البائع هو العيب الذي بينه للمشـتري عند إبرام العقد. أما إذا بين البائع العيب للمشتري بعد العقد فانه يبقى ضامناً، ويبقى للمشتري خيار العيب، ما لم يتنازل المشتري عن الخيار والضمان. أي انـه يقـبل المبيع بالعيوب التي فيه. وتشترط المادة (٥١٤/١) أعلاه إن يقوم الـبائع بـأعلام المشتري بالعيب حين البيع. فما هو الحكم لو أن البائع بين العيب للمشـتري قبل العقد وليس حين البيع، ثم مرت فترة زمنية، بعدها تم التعاقد، هل

(١) تقضـي المادة (١٩٤) مدني أردني بأنه:"يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه وان يجهله المشتري وان لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه".
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٥.
(٣) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٥.

يسأل البائع عن العيب؟ وهل يثبت الخيار للمشتري عن ذلك العيب؟ يرى البعض أن البائع يبقى ضامناً، لان العبرة، أن يكون البائع قد بين العيب للمشتري حين البيع وليس قبل ذلك[1]. ونرى أن البائع ليس ضامناً للعيب في مثل هذه الحالة، فالنص يشير ضمناً إلى قيام البائع بإعلام المشتري بالعيب حين البيع، وحتى لو كان ذلك قبل البيع بفترة وجيزة فحكم النص يشمله بشرط أن يبقى العيب كما هو دون ازدياد وتفاقم، وان لا تستجد عيوب أخرى، وهذا ما تقضي به المادة (١/٥١٤) أعلاه. كما ويجب إعطاء المحكمة سلطة في تقدير ذلك. إذ أن القاضي بإمكانه أن يقدر ما إذا كان العيب الذي بينه البائع للمشتري قد ازداد وتفاقم أم انه باقٍ على حالته، وما إذا كانت قد استجدت عيوب أخرى أم لا. ويقدر القاضي كذلك الفترة الزمنية التي مرت بين بيان العيب وإبرام العقد، وما إذا كانت فترة معقولة أم غير معقولة. ويستعين القضاء في كل ذلك بخبرة الخبراء وبالعرف.

(٢) إذا اشترى المشتري المبيع وهو يعلم بالعيب الذي فيه :

عندما يشتري المشتري المبيع وهو عالم بالعيب الذي فيه، يعد العيب في هذه الحالة معلوماً للمشتري وليس خفياً عليه، لأنه اشترى المبيع وهو عالم بما فيه من عيب، ومن المؤكد أن المشتري قد ادخل هذا العيب في اعتباره عند الاتفاق على ثمن المبيع وتحديده. والمقصود بالعلم بالعيب، هو العلم الذي يتحصل قبل التعاقد، وكذلك حين التعاقد[2]. لان نص المادة (٢/٥١٤) أعلاه، لم يحدد وقت العلم بالعيب. وكلما جاء فيه هو أن يشتري المشتري المبيع وهو عالم بالعيب الذي فيه، بغض النظر عن مصدر العلم بالعيب، أهو البائع أم عمال البائع وتابعوه، أم عن طريق شخص آخر، أم يكتشفه المشتري بنفسه أم بواسطة وكيله. ويقع على البائع عبء إثبات علم المشتري بالعيب الذي فيه المبيع، وانه أي المشتري، قد اشتراه بناء على ذلك، وله أن يلجأ إلى طرق الإثبات كافة. فإذا

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٥.
(٢) الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص١٥٨.

اثبت البائع أن المشتري كان عالم بالعيب وهو يشتري المبيع، فان مسئوليته عن الضمان لا تتحقق، ولا يثبت الخيار للمشتري.

(٣) إذا رضي المشتري بالعيب بعد إطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر:

هذه الحالة يعالج فيها علم المشتري بالعيب في المبيع بعد عقد البيع، وكذلك أثناء العقد، وعلى الرغم من العيب في المبيع قام المشتري بالشراء. فإذا اطلع المشتري على العيب وسكت، أو صرح بقبوله للمبيع بما فيه من عيب، فان حقه في الضمان والخيار يسقطان. وعلى العكس من ذلك، لو انه تمسك بالمطالبة بالضمان أو عدم رضائه في العيب في المبيع فان البائع يضمن العيب، ويثبت تبعاً لذلك الخيار للمشتري[١]. أما عن الفترة اللازمة التي يجب أن يستغرقها سكوت المشتري في التعبير عن إرادته في قبول المبيع بالعيب الذي فيه، أو عدم قبوله له، فلم يحددها القانون المدني الأردني بفترة معينة. إلا انه يجب أن تكون هذه المدة معقولة، لأنه إن ظل المشتري ساكتاً طويلاً فمن الممكن أن يفسر سكوته قبولاً ضمنياً بالعيب. ورضاء المشتري وقبوله للمبيع بالعيب الذي فيه، يتم سواء أطلع عليه بنفسه، أم بواسطة غيره، كالوكيل أو الحارس أو المستأجر، أو أي شخص آخر. وتجدر الإشارة إلى أن رضاء المشتري بالعيب بعد إطلاعه عليه أو بعد العلم به من آخر يكون، كما أسلفنا، بعد البيع، أو حين التعاقد، ولا يختلف الحال إذا كان الاطلاع بعد البيع وقبل القبض، إلا أن على المشتري في هذه الحالة، أن يمتنع عن القبض، و إلا يمكن اعتباره راضياً بالعيب في المبيع، ويسقط عندئذ حقه في الضمان[٢]، وحقه في الخيار. ويلاحظ أن علم المشتري في العيب في بعض الحالات يمكن أن يفترض، رغم عدم تحقق العلم فعلاً، كقيام المشتري بشراء بعض الأشياء المستعملة، إذ ينبغي على المشتري أن يعلم ما قد

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٦.
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٦-٤٠٧.

يمكــن أن يوجد في هذه الأشياء من عيوب نتيجة قدمها واستعمالها[1]. وهذا العلم المفــترض قــد جــاء على خلاف الأصل، إذ يشترط في العلم الذي يسقط به حق المشتري في الضمان، وحقه في الخيار، أن يكون علماً يقينياً لا مفترضاً[2].

(٤) اشتراط البائع عدم مسئوليته عن كل عيب في المبيع أو عن عيب معين، مــا لــم يكن قد تعمد إخفاء العيب، أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب:

لقــد أشارت إلى هذه الحالة المادة (١٩٤) من القانون المدني الأردني، حيث ورد فــيها انــه:"يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار...... أن لا يكون البائع قد اشــترط الــبراءة مــنه". أما المادة (٥١٤/٤) من القانون المدني الأردني، فإنها جــاءت علــى ذكر ذلك الشرط بتفصيل أكثر. ويلاحظ بأنه يلزم لصحة قيام شرط الإعفــاء مــن كــل عيب في المبيع، أو الإعفاء من عيب معين فيه، بموجب نص المادة (٥١٤/٤) أن يتوافر شرطان، أولهما: ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب، وثانــيهما: ألا يكــون المشتري بحالة تمنعه من أن يطلع على العيب. فمجرد علم الــبائع بالعيــب لا يمنع من اشتراط عدم مسئوليته، ما لم يتعمد إخفاء ذلك العيب، وهــذا يتحقق إذا قام البائع بأعمال معينة من شأنها أن تؤدي إلى إخفاء العيب، أو أعمــال معيــنة يرمــي هــو مــن ورائها إلى إخفاء العيب. ثم انه يجب ألا يكون المشــتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب، كما لو كانت هناك موانع مادية أو أدبــية تحول بينه وبين قيامه بتفحص المبيع والاطلاع عليه، كأن يكون ضريراً أو غائــباً عــن مجلــس العقد....الخ. وسنعود إلى دراسة هذه الحالة عند الكلام عن شروط العيب فيما بعد بشيء من التفصيل.

---

(١) الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص١٥٨-١٥٩.

(٢) انظــر الدكــتور علــي العبــيدي، المرجع السابق، ص١٥٨، هامش (٤)، بالإشارة إلى قرار محكمة الــنقض المصرية، نقض ١٤/٦/١٩٦٢، نقلا عن الدكتور سمير السيد تناغم، ص٣١٨، هامش (٣) حيــث جاء في القرار أن العلم الذي تسقط به دعوى ضمان العيب الخفي هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي.

(٥) إذا جرى البيع بالمزاد العلني من قبل السلطات القضائية أو الإدارية :

إذا تـم البـيع بطـريق المزاد العلني من قبل السلطة القضائية، كما لو بيعت أمـوال المدين لاستيفاء حقوق الدائنين. أو من قبل السلطة الإدارية، كالبيع الذي تجـريه السلطات الإدارية لتحصيل الضرائب والرسوم، ومثاله قيام دائرة الضريبة ببـيع أموال أحد الأشخاص استيفاء لحقها في الضريبة. أقول إذا تم البيع بالمزاد، فـان مسـؤولية البائع في ضمان العيب الذي في المبيع لا تتحقق، وكذلك لا يثبت الخـيار للمشتري، وهو من رسى عليه المزاد. ويكمن السبب في مثل هذه الحالة، فـي أن البـيع يـتم بالإعلان عنه وضمن إجراءات معينة خلال مدة مناسبة تمكن المزايديـن جميعاً بضمنهم المشتري من تفحص المبيع بنفسهم أو بواسطة غيرهم من خبراء وأصحاب اختصاص، قبل الدخول في المزايدة. والمشتري بعد أن تهيأت له مثل تلك الفرصة، واقدم على الشراء، فذلك معناه انه قد تنازل عن العيب الذي فـي المبيع، مما تنتفي معه مسؤولية البائع عن الضمان[1]، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، أن فسخ البيع الذي تم عن طريق المزاد يؤدي إلى إعادة الإجراءات الطويلـة التـي اتبعت في البيع، ويؤدي أيضا إلى إنفاق نفقات وصرف مصروفات جديدة يتحمل عبئها دون مبرر المدين، مما قد تثقل كاهله[2]. ثم انه إذا تم إعطاء المشـتري حق خيار العيب ومن ثم فسخ العقد، فان ذلك معناه إعادة الحال إلى ما كـان عليه قبل التعاقد، وهذا يعني سلب الثقة من المعاملات التي تقوم بها الجهات الرسـمية لدى الجمهور مما قد يؤدي بالنتيجة إلى عدم الإقدام على الاشتراك في بـيوع المـزادات العلنية التي يعقدها القضاء أو الإدارة، وهذا مما يحط من سمعة

(١) الدكـتور محمـد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤١٠، الدكتور انور سلطان، البيع والمقايضة، المـرجع السابق، ص٢٧٦، الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، عقد البيع، ص٧٣٢، الدكـتور سـمير تـناغم، البـيع، ص٣٢٠، الدكتور توفيق حسن فرج، البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥، ص٤٢٣.

(٢) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٦١، والمراجع التي أشار إليها في ص١٦١.

تلك الدوائر. لذا فإن البيع الذي يجري عن طريق المزاد العلني من قبل السلطة القضائية أو الإدارية يعفي البائع من المسؤولية عن ضمان ما قد يظهر في المبيع من عيوب، والمشتري هو الذي يتحمل العيب. وهنا يمكننا القول بأن خيار العيب لا يثبت أيضا للمشتري، للعلة ذاتها.

الشرط الثاني: يجب أن يكون العيب مؤثراً:

تشترط المادة (١٩٤) من القانون المدني الأردني لثبوت العيب للعاقد المتملك، أن يكون العيب مؤثراً في المعقود عليه. والعيب المؤثر هو العيب الذي يوجب نقصاً في ثمن المبيع في السوق، أو مما يفوت بوجوده الغرض من المبيع[١]. وعلى الرغم من اشتراط المادة (١٩٤) أعلاه، أن يكون العيب مؤثراً نجد أن المشرع الأردني لم يحدد معنى العيب المؤثر، أو على الأقل لم يوضح موقفه منه. غير أن معنى العيب المؤثر قد حددته بعض التشريعات المدنية، كالقانون المدني العراقي، والمصري، حيث نصت المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي على انه: "والعيب هو ما ينقص من ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع من عدمه......"[٢] أما مجلة الأحكام العدلية فقد اقتصرت في تحديدها لمعنى العيب على انه ما ينقص من ثمن المبيع، دون الأخذ بنظر الاعتبار فوات الغرض من المبيع. فإذا فات بوجود العيب، الغرض من المبيع، دون أن يؤدي ذلك إلى نقص في الثمن، فان المشتري لا يحق له الرجوع على البائع بالضمان، ولا يثبت الخيار له، وقد نصت المادة (٣٣٨) من المجلة على أن: "العيب هو ما ينقص من ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة"[٣]. أما القانون المدني الفرنسي، فقد تبنى اتجاهاً آخر يقوم على معيار

(١) الدكتور كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط٢، ١٩٧٦، ص٢٢٨ وما بعدها.
(٢) انظر الدكتور كمال قاسم ثروت، المرجع السابق، ص٢٣٠ وما بعدها.
(٣) سليم رستم باز، شرح المجلة، المرجع السابق، ص١٥٦-١٥٧، وقد أشار سليم رستم في شرحه للمادة انه:"......لان الضرر يحصل بنقصان المالية، وقد زادوا على هذا الضابط قيداً آخر أخذوه عن الشافعية هو أن العيب ما يفوت به غرض صحيح للمشتري بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه.....".

يخـتلف في تحديد العيب المؤثر، تمثل في أن العيب المؤثر هو كل ما يجعل المبيع غـير صـالح للاستعمال الذي أعد له، أو انه مما ينتقص كثيراً من هذا الاستعمال بغـض النظر عن النقص في الثمن من عدمه[1]. ويلاحظ أن العيب قد ينقص من ثمـن المبـيع، دون أن يؤثر على أدائه للغرض الذي أعد له، وقد يحصل العكس، بـأن يؤثر العيب على أداء المبيع للغرض الذي خصص له، دون أن يكون له أدنى تأثـير على ثمنه، وعليه لا يقوم التلازم بين النقص في القيمة والإخلال بالغرض الذي أعد له المبيع[2]. غير أن ذلك لا يمنع من أن يؤدي العيب إلى فوات الغرض مـن المبيع، والى النقص في القيمة في الوقت ذاته[3]. أما كيف تتم معرفة، ما إذا كـان هـناك نقص في المنفعة من المبيع يؤدي إليه العيب من عدمه، فانه يمكن الاهـتداء إلـيه عـن طريق العقد، وطبيعة المبيع، والغرض الذي اعد له[4]. هذا ويلاحـظ بأنـه إذا كان العيب في المبيع مما لا ينقص من ثمنه شيئاً، أو لم يؤدي وجـوده إلى فوات الغرض الصحيح من المبيع، فانه لا يعد عيباً مؤثراً، وبالتالي فان المشتري لا يستطيع أن يمارس حقه في الخيار، لان الخيار لم يثبت له.

وأخـيراً لابـد مـن التسـاؤل عن موقف المشرع الأردني من معايير العيب المؤثـر. بمعـنى هـل يعـتد القانون المدني الأردني بالنقص في القيمة فقط، أم بالـنقص في المنفعة والغرض الصحيح، أم بهما معاً؟ وبعبارة أخرى، هل يشترط لضـمان البائع للعيب، ومن ثم ثبوت الخيار للمشتري، أن يكون العيب مما يؤدي إلـى نقص في قيمة المبيع في السوق، أو مما يفوت بوجوده الغرض الصحيح من المعقود عليه؟ أم أن المشرع الأردني اكتفى بما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في اعتـبارها العيـب المؤثـر ما يؤدي إلى نقص في قيمة المبيع، دون الالتفات إلى

---

(١) انظر الدكتور كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، المرجع السابق، ص٢٢٩، هامش (١).
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤١١.
(٣) الدكـتور كمـال قاسم ثروت، عقد البيع، المرجع السابق، ص٢٢٩، انظر كذلك الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤١١.
(٤) الدكـتور محمـد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤١١، الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٥٦.

فـوات أو نقـص الغرض منه. يذهب بعض الشراح إلى القول، بان الأخذ بحرفية الـنص، توحي بعدم اعتبار العيب الذي ينقص من نفع المبيع، دون أن ينقص من قيمـته، عيـباً مؤثـراً. وعلـيه فهـو عيب غير موجب للضمان(١). أما الحكمة التشـريعية من التزام البائع بضمان العيب الخفي عموماً، فتوحي إلى الأخذ بالعيب الـذي يـنقص مـن نفـع المبيع واعتباره عيباً مؤثراً(٢) ويرى البعض الآخر من الشـراح، انـه إذا كان العيب يسيراً ويتسامح فيه عادةً، أو انه ينتقص من قيمة المبـيع أو منفعته نقصاً بسيطاً غير مؤثراً، فلا يضر المبيع ولا يكون مضوناً على الـبائع(٣). ونعـتقد أن موقـف المشـرع الأردني لم يكن واضحاً تماماً إزاء تلك المسألة، ويمكن تحديده بما يأتي:

١-فـي الوقت الذي تنص المادة (١/٥١٢) من القانون المدني الأردني على انـه: "يعتـبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف علـى التسامح بها". فهي لا تشير لا من بعيد ولا من قريب إلى الضمان. ولا إلى الخيار. وكل ما تشير إليه أن العقد يعد منعقداً رغم وجود العيب الذي جرى العرف علـى التسامح فيه، نجد أن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني تشير إلى اعتبار العيـب مؤثـراً إذا كان في قيمة المبيع، وذلك إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمـن فـي عـادة التجار نقصاناً فاحشاً أو حتى يسيراً. فالنقص اليسير في ثمن المبـيع في منطق المذكرات الإيضاحية يكون عيباً مؤثراً(٤). حيث جاء فيها بأنه: "أن يكـون مؤثراً في قيمة المبيع وذلك إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن فـي عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعمى والعور والبرص والشلل وغيرها مما يفيض فيه الفقهاء...."

(١) الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص١٥٧.
(٢) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٥٧.
(٣) الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص٤١٢.
(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، جـ١، ص٢١٨.

٢-تعـول المذكرات الإيضاحية في القانون المدني الأردني كثيراً على عرف الـتجار فـي نقصـان الثمن نقصاناً فاحشاً أو حتى يسيراً. فما كان من شأنه أن ينقص من ثمن المبيع في عرفهم فهو عيب معتبر، ومن ثم يعد عيباً مؤثراً.

٣-لا توجـد أيـة إشارة في القانون المدني الأردني إلى النقص في المنفعة، وهـذا الموقـف للمشـرع الأردني والمذكرات الإيضاحية يمكن أن يفسر بأنه تبنٍ واضـح لرأي الفقه الإسلامي الذي أوردته المجلة في المادة (٣٣٨)، والذي يعتد بالـنقص فـي القيمة ولو يسيراً، بحيث لو عرّف عند العقد ما تقدم مشتري العين المبـيعة على شرائها. غير أن الفقه الإسلامي في بعض مذاهبه اعتد بالنقص في المـنفعة. فقد ذهب الإمام الشافعي، إلى أن ما نقصت به القيمة أو فات به غرض صحيح يعد عيباً مؤثراً. كمن يشتري شاة للضحية فيجد في أذنها قطعاً يمنع منها، فـان ذلك يعتبر عيباً مؤثراً، رغم انه لا يترتب عليه نقص قيمتها. أو كمن يشتري حـذاءً فـيجده ضيقاً، أو كمن يشتري شيئاً الغالب فيه أن يكون معيباً بعيب ما، لم يعتـبر ذلك عيباً، إذ أن مثل هذا يعد مرضياً عنه بحكم العرف. قال صاحب البحر. وقواعـد الحنفـية لا تأبى هذا البيان الذي ذكره الشافعية وعليه فلا خلاف. وعند احمـد الاعتـبار بالعرف، فما يعده العرف عيباً يستوجب الخيار وان لم تنقص به قيمة المبيع[1].

٤-وأخـيراً نعتقد بان الخروج بحل لهذه المسألة يمكن في الاعتداد بالنقص في المنفعة والاحتكام به إلى العرف بوجه عام، مع الأخذ بنظر الاعتبار ظروف كل حالة وملابساتها بصورة مستقلة، مع إعطاء المحكمة السلطة التقديرية، للنظر في مـدى اعتبار العيب الذي يؤدي إلى النقص في المنفعة، وليس العيب المؤدي إلى الـنقص فـي الثمن فحسب، عيباً مؤثراً في المعقود عليه، يثبت بموجبه للمشتري خيار العيب والضمان.

(١) نقـلاً عن الدكتور عبد الباسط جميعي وآخرون، المرجع السابق، ص٧٩٢، انظر كذلك علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص٣٥٧.

الشرط الثالث: يجب أن يجهل العاقد وجود العيب، (أن يكون العيب غير معلوم للعاقد):

إذا كان المشتري يجهل وجود العيب في المبيع، فإن من شأن ذلك أن يثبت له الخيار. ويعني ذلك أن يكون العيب خفياً. والعيب الخفي، عرفته المادة (٥١٣/٤) من القانون المدني الأردني بقولها:" يشترط في العيب القديم أن يكون خفياً، والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة". فإذا علم المشتري بالعيب فلا خيار له، لأنه رضي بالمبيع بما فيه من عيب. والتساؤل الذي يرد هو متى ينبغي تحقق الجهل (عدم العلم) بوجود العيب في المبيع؟ هل في وقت إبرام العقد، أم قبل ذلك؟ أم يجب تحققه وقت القبض؟ خاصة أن المادة ١٩٤ من القانون المدني الأردني أشارت فقط إلى جهل المشتري بصورة مطلقة دون تحديده بوقت معين، بقولها: "يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار.... أن يجهله المشتري.....". يلاحظ أن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، بينت انه يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري وقت العقد ووقت القبض، فان علم بالعيب في أي وقت من هذين الوقتيين لا يثبت له الخيار. وتبرير ذلك، هو أن علم المشتري بالعيب عند التعاقد يعد رضاءً منه بالعيب دلالة، ثم أن علمه بالعيب عند القبض يعد رضاءً منه به أيضا: "لان إتمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد"[١]. أما فيما يتعلق بدرجة أو قوة العلم بالعيب الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم ثبوت الخيار للعاقد، فانه يلزم فيه أن يكون علماً يقينياً حقيقياً وليس على سبيل الظن أو الشبهة والشك[٢]. ثم انه تجدر الإشارة إلى أن البيع قد ينصب على أشياء قديمة ومستعملة مما قد يحتمل وجود عيب فيها، فهل يفترض أن يعلم المشتري بالعيب في مثل تلك الأشياء، رغم عدم تحقق علمه بالعيب فعلاً؟ أم انه

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، جـ١، ص٢١٨.
(٢) انظر الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٨٥، هامش (٤).

لابــد من علم المشتري بالعيب، ولا سبيل إلى افتراض علمه به؟ لم نهتد إلى حكم لذلك، لا في التشريع ولا في القضاء الأردنيين. فالتشريع ساكت والقضاء يبدو انه لم تعرض عليه مشكلة من هذا النوع للفصل فيها. فلا سبيل للحل إلا باللجوء إلى التشريعات و الأقضية المقارنة. فمثلاً في القضاء العراقي، ترى محكمة التمييز انه يفترض أن المشتري كان يعلم بوجود العيب الخفي في الشيء المبيع الذي يشتريه مــادام انه كان مستعملاً. فإذا كانت السيارة قديمة وتم بيعها بثمن يقل عن قيمتها وهــي جديــدة، بمقدار كبير، فلا يقتضي مجرد العقد التعهد بسلامة محركها، وانه كــان علــى محكمة الموضوع تكليف المدعي بإثبات دعواه، بان المدعى عليه قد تعهــد له بسلامة المحرك[1]. أما القضاء الفرنسي فقد انقسم إلى اتجاهين في هذا الصــدد، أولهمــا: يــرى أن الواجب على القاضي أن يفترض دائماً علم المشتري بالعيــب فــي الأشــياء المســتعملة التي يشتريها. وثانيهما: وهو الاتجاه الغالب والــراجح فــي القضاء، يرى ضرورة التمييز بين العيوب المعتادة، وهي العيوب التــي تظهر دائماً في الأشياء المستعملة، وهذه يفترض علم المشتري بها، وعليه يقــع عبء إثبات جهله بها إذا ما ادعى انه لم يكن يعلم بها. أما إذا كانت العيوب فــي المبــيع المستعمل تتجاوز العيوب المعتادة بحيث لا يكون من السهل توقعها ممن يقدم على شراء الشيء، فيفترض عدم علم المشتري بها[2]. يلاحظ إذن، انه على المحكمة لكي تحسم مسألة جهل المشتري بالعيب من عدمه، أن تفترض عدم علمــه بالعيــب مــتى ثبــت انه عيب خفي، ويقع على البائع إثبات علم المشتري بالعيــب. لكن الوضع قد لا يثبت على هذا الحال دائماً بل يتغير، ولا يوجد بعد ذلك أي مــبرر لافــتراض جهــل المشتري بالعيب، مما قد يجعل المحكمة تفترض أن المشــتري يعلم بالعيب، متى وجدت أن العيب من الشيوع والظهور إلى درجة كان

(١) قــرار محكمــة تمييز العراق رقم ٥٦٥/ حقوقية/١٩٥٦ الكرخ، في ١٩٥٦/٥/٢٨، القضاء المدني العراقــي، ١٩٦٢، جــ٢، ص٦٨، مشــار إليه في الدكتور كمال قاسم ثروت، عقد البيع، المرجع السابق، ص٢٢٧، هامش (٢).

(٢) انظر الدكتور كمال قاسم ثروت، عقد البيع، المرجع السابق، ص٢٢٧-٢٢٨.

يجب على المشتري أن يتوقع وجوده في المبيع. وهنا لا يكلف البائع بإثبات علم المشتري لأنه علم مفترض، وإنما يقع عبء الإثبات على المشتري نفسه، بأنه كان يجهل العيب إن أراد أن يثبت له الخيار[١].

الشرط الرابع: ألا يشترط العاقد (المملك) براءته من العيب:

تناولت هذا الشرط من شروط العيب الذي يثبت به الخيار، المادة (١٩٤) من القانون المدني الأردني. حيث تنص على انه: "يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار..... أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه". كما ورد هذا الشرط بصورة أكثر تفصيلاً في المادة (٥١٤) من القانون المدني الأردني، وذلك ضمن الحالات التي لا يكون فيها البائع مسؤولاً عن العيب الذي في المبيع، حيث تنص على انه: "لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية: ٤- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين، إلا ذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب". يتبين لنا من نص المادة (١٩٤) أعلاه، وكذلك المادة (٥١٤/٤) من القانون المدني الأردني، أن المشتري قد يرضى بالعيب دون العلم به، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيب وقبل منه المشتري هذا الشرط. واشتراط العاقد المملك (البائع) براءته من العيب قد يكون مقيداً بان ينصب على عيب معين، وقد يكون مطلقاً من كل عيب[٢]. فإذا ابرأ المشتري البائع من كل عيب في المبيع أو ابرأه من عيب معين بالذات قائم وقت إبرام العقد، فان الإبراء لا يشمل العيب الذي يحصل في المبيع بعد العقد قبل القبض[٣]. أما إذا ابرأ المشتري البائع من العيب، أو اشترط

---

(١) الدكتور كمال قاسم ثروت، المرجع السابق، ص٢٢٨، وانظر هامش (٢) من ص٢٢٨ مشيراً إلى بلانيول وريبير وهامل،جـ١٠، ص١٤٨.

(٢) انظر الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص١٥٩-١٦٠، قارن نص المادة (٥٣١) من مرشد الحيران، انظر كذلك نص المادة (٣٤٢) من مجلة الأحكام العدلية، حيث تنص على انه: "إذا باع مالا على انه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب". انظر كذلك الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٤٠٨.

(٣) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، جـ٤، ص٢٧٦.

البائع ذلك وقبل المشتري، وكان اشتراط البراءة من كل عيب، أو من عيب معين بالذات، ينصب على العيب القائم في المبيع والعيوب التي ستحدث بعد العقد وقبل القبض، فان هكذا شرط يعد فاسداً ويؤدي إلى فساد العقد تبعاً لذلك[1]. لان الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن المستقبل، إذ أن المشتري لا يتمكن من إسقاط حق له لم يتقرر بعد[2]. غير أن الحكم يختلف فيما لو اشترطت البراءة من العيب مطلقاً. كأن يشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب في المبيع، ووافق المشتري على ذلك وقبل المبيع بالشرط، فالبيع والشرط في هذه الحالة صحيحان، وان لم يسم البائع تلك العيوب، ويبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد، ومن العيب الحادث بعد العقد، وقبل القبض، في الحالة الأولى، ويبرا من العيب الموجود وقت العقد دون العيب الحادث بعد العقد، وقبل القبض في الحالة الثانية[3].

هذا ويلاحظ بان اشتراط البائع البراءة من كل عيب، أو من عيب معين بالذات، لكي ينتج آثاره في عدم تحقق مسؤولية البائع عن العيب، وعدم ثبوت الخيار للمشتري، مقيد بقيدين مهمين هما كما يأتي:

١- ألا يتعمد البائع إخفاء العيب عن المشتري.

٢- ألا يكون المشتري بحالة تمنعه من أن يطلع على العيب.

ونعرض فيما يأتي لكل من هذين القيدين على حدة.

---

(١) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٤/٢٧٦، انظر عبد الناصر ابو البصل، دراسة في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد، ط١، دار النفائس، عمان، ١١٩٩، ص٢٥٦.

(٢) الدكتور عبد الناصر أبو البصل، المرجع السابق، ص٢٥٦.

(٣) الدكتور عبد الناصر أبو البصل، المرجع السابق، ص ٢٥٧، بالإشارة إلى المادة (٥٣١) من مرشد الحيران، قارن أيضا المادة (٣٤٢) من مجلة الأحكام العدلية، وشرحها في سليم رستم باز، شرح المجلة، ص١٥٨.

(١) : يجب ألا يتعمد البائع إخفاء العيب عن المشتري:

إن اشـــتراط البائع البراءة من العيب وعدم مسؤوليته عنه لكي يكون صحيحاً وقانونياً ومنتج لأثاره، يجب أن يتم دون تعمده إخفاء العيب عن المشتري. وعلى رأي بعض الشراح يجب أن لا يعلم البائع بوجود العيب، فان كان عالماً به، وتعمد إخفاءه عن المشتري، عدّ شرط البراءة من العيب لاغياً، وتتحقق عندئذ مسؤولية الـــبائع عن العيب[١]، ويثبت الخيار أيضا للمشتري، لان إخفاء العيب عمداً من قبل الـــبائع يعد غشاً منه يجب مساءلته عنه لا مكافأته عليه بإعفائه من الضان. بينما يـــرى الـــبعض الآخر من الشراح، إن مجرد علم البائع بالعيب، لا يمنع من صحة اشـــتراطه الـــبراءة مـــنه وعدم مسؤوليته، لان القانون اشترط تعمد البائع إخفاء العيـــب، وهـــذا لا يـــتحقق إلا إذا قام البائع بأعمال معينة يرمي من ورائها إخفاء العيـــب، فلا يكفي مجرد تحقق علمه بالعيب[٢]. ونرى أن تعمد البائع إخفاء العيب واشتراط براءته منه بعد ذلك، يعد غشاً منه يجب أن يحاسب عليه، لذلك يجب أن لا يعلـــم بوجود العيب، فان كان يعلم بوجوده وتعمد عدم إظهاره وإخبار المشتري عـــنه، فانـــه يكون سبباً في إلغاء شرط البراءة والإعفاء من المسؤولية، واعتبار البائع ضامناً للعيب. ويجب أيضا أن يكون سبباً في ثبوت خيار العيب للمشتري، لا أن يكافـــأ علـــيه بإعفائه من مسؤوليته عن الضمان وعدم ثبوت خيار العيب، لان تطبـــيق هـــذا الشـــرط يجب أن يتم في الحالة التي لا يكون فيها أي من البائع أو المشتري عالماً بالعيب الذي في المبيع. فالبائع يرغب في أن لا تنهض مسؤوليته عـــن العيب فيما لو ظهر، لذا يجب أن لا يكون عالماً به. وكذلك المشتري يجب أن لا يكون عالماً بالعيب، لان علمه به يؤدي إلى عدم اعتباره خفياً بالنسبة له،وبذلك لا يثبت له الضمان ولا يثبت له خيار العيب أيضا.

---

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص٤٠٨.
(٢) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٦٠.

(٢) : يجب ألا يكون المشتري بحالة تمنعه من أن يطلع على العيب:

إن اشتراط عدم المسؤولية والبراءة من العيب يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، إذا كان بمقدور المشتري أن يطلع على المبيع وان يتفحصه، ولكنه لم يفعل ذلك. أما إذا لم يكن قادراً على الاطلاع على العيب الذي في المبيع، بان كان بحالة تمنعه من ذلك، فلا مجال للقول بصحة هذا الشرط، بل يبقى البائع ضامناً، ويثبت الخيار للمشتري[١]. إن المقصود بالحالة التي تمنع المشتري من أن يطلع على المبيع وعلى العيب الذي فيه، هو ما يواجه المشتري من موانع مادية، قد تحول بينه وبين قيامه بتفحص المبيع، كما لو كان في بلد آخر، أو كان ضريراً أو راقداً في المستشفى أو محتجزاً في السجن، إلى غير ذلك من الحالات والموانع التي لا يتمكن معها المشتري من أن يطلع على المبيع. ومثال ذلك، ما إذا اشترى شخص سيارة من شخص آخر وهما في بلدين مختلفين، واشترط البائع على المشتري انه غير مسؤول عن العيب الذي فيها، وقبل المشتري ذلك ولم يكن قادراً حينها على الاطلاع على السيارة والعيب الذي فيها بسبب عدم حضوره في مجلس العقد، ثم ظهر بعد ذلك أن في السيارة عيباً. فقبول المشتري لهذا الشرط يعتبر غير ملزم له. ويعتبر الشرط لاغياً، ويبقى البائع مسؤولاً عن الضمان. ويثبت الخيار للمشتري في العيب رغم اشتراط البراءة منه. إن هذا القيد يعطي مدلولاً واضحاً مؤداه أن اشتراط البائع عدم المسؤولية عن العيب والبراءة منه لا يلزم المشتري حتى لو قبله، عندما يكون بحالة ليس بمقدوره معها أن يطلع على المبيع وعلى العيب[٢]. فلزوم الشرط في حق المشتري مقروناً بقبوله للشرط أولا، ومن ثم تمكنه من الاطلاع على المبيع ورؤية العيب ولكنه لم يفعل ذلك ثانياً. أما إذا لم يستطع الاطلاع، فالشرط لا يلزمه، ويبقى البائع مسؤولاً عنه رغم اشتراطه البراءة منه[٣]. أما إذا كان البائع يعتقد أن العيب قد تم استدراكه وإزالته أو انه

---

(١) انظر الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٦٠-١٦١، الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص ٤٠٨.
(٢) الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٤٠٨-٤٠٩.
(٣) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

انــتهى، فانه أي البائع، لا يكون مسؤولاً عن ذلك العيب الذي يوجد في المبيع إذا اشــترط البراءة منه. ومع ذلك يحق للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض عن ذلك العيــب ويرجع في ذلك، أما على البائع، أو على من أوهم البائع بزوال العيب، أو إعطــاءه المعلومات غير صحيحة. وعند وقوع النزاع، فعلى المشتري يقع عبء إثــبات علــم البائع بوجود العيب، وتعمد إخفائه عنه بغش منه. وكذلك عليه، أي على المشتري، عبء إثبات انه كان بحالة تمنعه من أن يطلع على العيب الذي في المبــيع بان كان مسافراً أو انه كان ضريراً أو راقداً في المستشفى، أو أن المبيع غــير حاضراً في مجلس العقد، أو غير ذلك من الموانع المادية، ليصل من كل ذلك إلى تحقق مسؤولية البائع عن العيب، ومن ثم ثبوت الخيار له في العيب، وبإمكان المشتري أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات[1].

أمــا بالنسبة للفقه الإسلامي، فان أراء الفقهاء في مسألة اشتراط البراءة من العيب تكون على النحو التالي:

١-يــرى الحنفية، أن البائع إذا اشترط براءته من العيب في المبيع، ثم وجد المشــتري به عيباً من العيوب، لم يكن له الرجوع على البائع، سواء أكان العيب حادثاً، بعد إبرام العقد وانعقاده، وقبل القبض، وسواء أكان العيب معلوماً للبائع أم مجهــولاً من قبله. وخالف محمد هذا الرأي في العيب الحادث بعد انعقاد العقد، إذ أجاز للمشتري أن يرجع على البائع.

٢-أما المالكية فإنهم يرون أن البائع لا ينتفع من اشتراطه البراءة من العيب فــي المبــيع إلا فــي بيع الرقيق، ذا كان لا يعلم بوجود العيب فيه، وكان قد مكث عنده مدة طويلة حددوها بستة اشهر فأكثر.

٣-وأمــا الشــافعية ففــي الــراجح من مذهبهم، والحنابلة معهم، فيرون أن اشــتراط الــبراءة مــن العيب لا ينفع البائع إلا إذا كان العيب باطناً في الحيوان،

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

ويشـــترط أن يجهلــه الــبائع ولا يعلم به. يبدو وكما يقول البعض بحق، أن شرط البراءة من العيب يكون شرطاً تعسفياً إن ورد في العقد وبالتالي يجوز للقاضي أن يعدله أو يلغيه، ويعفي الطرف العاقد المذعن منه. إضافة إلى ما تقدم فان التشريع المقــارن، وكذلــك القضاء قد توصل إلى إبطال شروط الإعفاء من ضمان العيوب الخفــية أو حــتى تخفــيفها، وذلك في اتجاه التشريع والقضاء إلى توفير الحماية للمســتهلك فــي العقود الاستهلاكية. وذلك كلما كانت تلك الشروط مقررة لصالح الطرف المحترف، كالبائع، وضد الطرف المستهلك، كالمشتري[1].

(سادساً) : حكم خيار العيب، (آثاره) :

تنص المادة (١٩٥) من القانون المدني الأردني على انه:"١- إذا توافرت في العيــب الشــروط المبيــنة في المادة السابقة كان العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخــيار قبل القبض قابلاً للفسخ بعده.٢- ويتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل علــيه دون حاجــة إلــى تــراضٍ أو تقاضٍ بشرط علم العاقد الآخر به. وأما بعد القبض، فإنما يتم بالتراضي أو التقاضي". يتبين من نص المادة (١٩٥) أعلاه، انه إذا توافــرت الشــروط اللازمــة للعيــب، التي أشرنا إليها سابقاً، فان حكم الخيار يتحقق، وهنا يجب التفريق بين ثلاث حالات هي كما يأتي:

١- آثار الخيار قبل القبض.

٢- آثار الخيار بعد القبض.

٣- آثر الفسخ بخيار العيب.

ونعرض فيما يأتي لكل حالة من هذه الحالات بصورة مستقلة:

(١) انظــر الدكــتور مصــطفى محمــد الجمال، القانون المدني في ثوبه الجديد، مصادر الالتزام، المرجع الســابق، الفــتح للطــباعة والنشر ألا سكندرية، ط١، ص٣١٢-٣١٣، بالإشارة إلى حسن جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، ص ١٠٩.

(١) : آثار الخيار قبل القبض:

أشـــارت المادة (١/١٩٥) إلى أن العقد ينشأ غير لازم بالنسبة للعاقد المتملك، صـــاحب الخـــيار، قبل القبض، إذا توافرت شروط العيب سالفة الذكر. أما بالنسبة للعـــاقد الآخـــر (البائع في عقد البيع) فإن العقد ينعقد صحيحاً نافذاً ولازماً. وعلى الـــرغم من عدم لزوم العقد بالنسبة للعاقد المتملك (المشتري في عقد البيع مثلاً)، فان المُلك يثبت له في المعقود عليه (المبيع) في الحال، لان ركن البيع مطلق عن الشـــرط[١]. أمـــا شـــرط السلامة الثابت دلالة فهو ليس بشرط في السبب، كخيار الشـــرط، وليس بشرط في الحكم، كخيار الرؤية، فيكون أثره في منع لزوم العقد لا في منع اصل الحكم[٢]. فالعقد صحيح ومرتب لأثاره، إلا انه، لصاحب الخيار الحق في أن يفسخ العقد، بكل ما يدل عليه من قول أو فعل، صراحة أو دلالة، ومن غير حاجة إلى رضاء العاقد الآخر، ومن غير حاجة إلى حكم من القضاء بذلك إذ يكفي أن يقول العاقد رددت البيع، أو ما يجري هذا المجرى ليفسخ العقد، إلا انه يشترط علـــم العاقد الآخر به[٣]. وهو ما أشارت إليه المادة (٢/١٩٥) أعلاه. فالفسخ إذا كـــان بحضـــور العـــاقد الآخـــر ترتبت آثاره، أما إذا كان العاقد الآخر غائباً وأراد المشتري أن يفسخ العقد، فالفسخ يتم إلا إذا علم به العاقد الآخر.

(٢) : آثار الخيار بعد القبض:

بينت المادة (٢/١٩٥) من القانون المدني الأردني أن العقد يكون قابلاً للفسخ بالتراضـــي أو بالتقاضـــي لان الصـــفقة قد تمت، وأنه (أي العقد) إنما يكون قابلاً للفســـخ لفوات شرط السلامة، ومن ثم لا يجوز الفسخ إلا بالتراضي أو التقاضي، ولا ينفســـخ العقد بمحض إرادة المشتري، كما كان الأمر قبل القبض والصفقة لم

(١) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، جـ٤ ص ٢٧٧.
(٢) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، جـ٤ ص ٢٧٧.
(٣) الدكتور عبد الناصر أبو البصل، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

تتم[1]. وفسخ العقد من قبل المشتري في مثل هذه الحالة يعد نقصاً لصفقة لم تتم، فيكون اقرب إلى أن يعد رجوعاً في الإيجاب قبل قبض الشيء المعقود عليه والذي هـو بمثابة القبول فلا حاجة فيه إلى الرضاء[2]. ثم إن من الملاحظ أن العيب الذي يظهـر قـبل القـبض، يحتمل أن يكون عيباً جديداً لا يستلزم الرد، كما يحتمل أن يكـون عيـباً قديمـاً يوجـب الرد، ومثل ذلك يكون مثاراً للمنازعة والخصام بين العاقديـن، على الخلاف من العيب الذي يظهر قبل القبض، إذ لا يستطيع المالك أن يـنكره، أو الادعـاء بحصـوله عـند تملـك المشتري للمبيع، لذا لا يتصور فيه المـنازعة. ويعـود سـبب التفرقة في الحكم قبل القبض عنه بعد القبض، إلى أن اكتشاف العيب الخفي في المعقود عليه الذي ما زال في يد المتصرف، لا يثير شكاً حـول قدم العيب ونسبته إلى المتصرف، إذ الصفقة قبل القبض غير تامة، وفسخ العقـد من قبل العاقد المملك (المشتري) نقض لصفقة لا زالت لم تتم فيكون اقرب إلـى أن يكون رجوعاً في الإيجاب قبل قبض المعقود عليه، الذي هو بمثابة القبول فلا حاجة فيه إلى التراضي[3]، أما إذا كانت الصفقة قد تمت، بمعنى انه تم القبض وتـم اكتشاف العيب بعد ذلك، ففيه شبهة أن يكون العيب حادثاً بعد تسليم المعقود علـيه للعاقد المتملك، مما يعني براءة البائع من ضمانه. مما دعا المشرع إلى أن يشترط حصول التراضي على الفسخ أو الحكم من قبل القضاء وذلك لحماية العاقد المتصرف[4].

(١) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، جـ ٤، ص ٢٧٨.
(٢) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٧٨/٤، بالإشارة إلى الكاساني، البدائع، جـ٥، ص ٢٨١.
(٣) الدكتـور عـبد الناصـر أبو البصل، المرجع السابق، ص ٢٥٨-٢٥٩، الكاساني، البدائع، ٢٨١/٥، الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٧٨/٤.
(٤) الدكـتور عدنان السرحان والدكتور نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، اربد، ط١، ١٩٩٧، ص ٢٣٩.

(٣) : فسخ العقد بخيار العيب وأثره:

إن لصاحب الخيار عند ثبوته، الحق في أن يختار بين أتمرين، أولهما: الرضا بالعيب وإمضاء العقد، فيصبح العقد حينئذٍ لازماً له، يمتلك بموجبه المبيع بالثمن الذي اتفق عليه مع العاقد الآخر، دون أن يكون له الحق في الرجوع على البائع بما أظهره العيب من نقص. وثانيهما: فسخ العقد ورد المبيع واسترداد ما دفعه من ثمن، ما دام الفسخ ممكناً. وإذا تم الفسخ فهو، أما أن يكون قبل قبض المبيع، وإما أن يكون بعده. فإذا كان الفسخ قبل القبض وبحضور البائع، فأن العقد يفسخ بمجرد قول المشتري أو فعله أو نحو ذلك، ودون حاجة إلى رضاء البائع، أو قضاء المحكمة. أما إذا كان الفسخ قبل القبض والبائع غير حاضر، فلا يتم ما لم يعلم به البائع. واما إذا كان الفسخ بعد القبض، فلا يفسخ العقد إلا برضاء البائع أو بقضاء المحكمة. والى هذا أشارت المادة (١٩٥/٢) من القانون المدني الأردني بقولها:" ويتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة إلى تراض أو تقاض بشرط علم العاقد الآخر به. وأما بعد القبض فإنما يتم بالتراضي أو بالتقاضي". وتنص المادة(١٩٦) من القانون المدني الأردني على انه:" يترتب على فسخ العقد للعيب رد محله إلى صاحبه واسترداد ما دفع ". فإذا تم فسخ العقد بخيار العيب من قبل العاقد المتملك، وجب عليه أن يرد المعقود عليه إلى العاقد الآخر، كما يجب على العاقد الآخر أن يرد إلى العاقد الأول صاحب الخيار البدل أن كان قد قبضه. ومثال ذلك، إذا ما نقض المشتري البيع بخيار العيب، يفسخ العقد، ويجب عليه أن يرد المبيع معيبا إلى البائع أن كان قد قبضه منه. ويسترد الثمن أن كان قد دفعه إليه. فيعاد العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. غير أن المشرع الأردني قد خرج على هذه القاعدة عندما نظم ضمان العيوب الخفية، في عقد البيع، وذلك بموجب ما تقضي به المادة(٥١٣/١)من القانون المدني الأردني بقولها:" إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مُخَيَّراً إن شاء رده أو شاء قَبِلَهُ بالثمن المُسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من

الثمـــن". ويلاحـــظ أن المشرع الأردني قد حصر الخيار للمشتري بفسخ العقد ورد المبـــيع، أو الإبقاء عليه بالثمن المسمى، ولم يجز له أن يمسك بالمبيع والمطالبة بنقص القيمة، إلا في حالات استثنائية، كحالة هلاك المبيع بيد المشتري، أو تعييبه أو التصـــرف فـــيه تصرفا غير قابل للرد، أو زيادته زيادة مانعة من الرد(١). وهذا هـــو الأصـــل فـــي القانون المدني الأردني. فلا يسمح للمشتري أن يمسك المبيع ويطالـــب الـــبائع بمـــا انقصـــه العيب من الثمن، لان السلامة من العيب وصف، والأوصـــاف لا تقـــابل بشيء من الثمن بالعقد لأنها تتبع المعقود عليه(٢). واتجاه المشـــرع الأردنـــي هـــنا هو انه في المادة (١/٥١٣) من القانون المدني قد تبنى موقـــف الفقـــه الحنفـــي، في الوقت الذي تبنت المادة (١٩٥) من القانون المدني الأردنـــي موقـــف الفقـــه الشافعي والحنبلي، والحكم الذي يجب تطبيقه في النزاع الدائر بين البائع والمشتري (في عقد البيع) هو ما جاءت به المادة (٥١٣) وليس المـــادة (١٩٥) مـــن القانون المدني الأردني، لان نص المادة (٥١٣) يمثل حكما خاصـــا مقترنا بعقد البيع، أما نص المادة (١٩٥) فيمثل حكما عاما يرد على جميع العقود والتصرفات، والخاص كما هو معروف يقيد العام(٣).

(سابعا) : مسقطات خيار العيب:

إن ثبوت العيب بشروطه السابقة يرتب للعاقد المتملك (المشتري) خيار العيب الـــذي يمـــنحه الحـــق في إمضاء العقد، أو فسخه ورد المعقود عليه كما أوضحنا ســـابقا، غير أن هذه الآثار، المتمثلة، بخيار العيب تسقط في حالات عديدة، بينتها المـــادة (١/١٩٧) مـــن القانون المدني الأردني التي جاء فيها:" يسقط خيار العيب بالإسقاط وبالرضا بالعيب بعد العلم به وبالتصرف في المعقود عليه، ولو قبل العلم

(١) الدكتور عدنان السرحان والدكتور نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٢٣٩، انظر كذلك الدكتور علـــي العبـــيدي، ص ١٦٢-١٦٣، ١٦٤ وما بعدها. الدكتور كمال قاسم ثروت، عقد البيع، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها.
(٢) الدكـــتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص ١٦٤، بالإشارة إلى محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريفات بالفقه الإسلامي، ص ٦١٢.
(٣) انظر الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، ص١٦٣.

بـــه وبهلاكه أو نقصانه بعد القبض وبزيادته قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة مـــنه وبعـــد القـــبض زيادة منفصلة متولدة منه". ان توفر حالة أو أكثر من هذه الحـــالات التي تضمنتها المادة أعلاه، يؤدي إلى سقوط حق العاقد في خيار العيب. وهذه الحالات هي كما يأتي:

١- إسقاط العاقد المتملك للخيار.

٢- الرضا بالعيب بعد العلم به.

٣- التصرف في المعقود عليه ولو كان قبل العلم بالعيب.

٤- هلاك المعقود عليه.

٥- نقصان المعقود عليه بعد القبض.

٦- زيادة المعقود عليه.

ونعرض لدراسة كل حالة من هذه الحالات بصورة مستقلة.

(١) : إسقاط العاقد المتملك خيار العيب:

إذا تـــنازل العاقد عن حقه في الخيار تنازلاً صريحاً. فإن ذلك يعد منه إسقاطا لحقـــه فـــي الخـــيار، كما لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الحصان واني متـــنازل عـــن أي عيـــب فيه، فيوافقه البائع على ذلك. أو أن يبرئ العاقد المتملك (المشتري) البائع من العيب الذي في المعقود عليه، كقوله له أبرأتك من أي عيب يظهـــر فـــي المبـــيع، إذ الإبراء في مثل هذه الحالة يعد إسقاطا، والعاقد له ولاية الإســـقاط[١]. ويلاحظ أن الإسقاط لا يكون إلا قبل علم المشتري بالعيب، أما تنازل

(١) الدكـــتور محمـــد يوســـف الزعبـــي، العقـــود المسماة، المرجع السابق، ص ٤٣١-٤٣٢، الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٦/٤-٢٨٧.

العاقد عن العيب بعد أن علم به، فانه يعد رضاء بالعيب بعد العلم به، وليس إسقاطا لحق العاقد في الخيار، إذ لو كان الرضا بالعيب بعد العلم به إسقاطا[١]، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بقولها من "إن الادعاء بان المشتري قد اسقط حقه في التمسك بخيار العيب على الفاتورة غير وارد، ذلك لان العبارة المذكورة بأسفل الفاتورة جاءت مطبوعة مسبقاً والمدعي لم يوقع عليها أبداً، كما أن ما جاء بالفاتورة من أن الشركة تكفل صلاحية المبيع لمدة سنة تناقض هذا الادعاء وتنفيه، هذا بالإضافة إلى أن المادة (١/١٦٦) من القانون المدني الأردني تنص على أن العقد لا يصح إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه وحيث أن الخبرة أثبتت انعدام هذه المنفعة لعدم صلاحية الأجهزة مما يعطي الحق للمدعي تطبيقاً للمادة (٤/١٧٠) من القانون المذكور بفسخ العقد بعد إعذار العاقد الآخر وهو ما لجأ إليه المدعي، وبالتالي فان وجود العيب في المبيع يجعل من اعتماد المحكمة في حكمها على المادتين (١٩٦،١٩٥) من القانون المدني صحيحاً ومتفقاً وأحكام القانون"[٢]. أقول لو كان الرضا بالعيب بعد العلم به إسقاطا فلا موجب لتكرار تنظيمه والنص عليه في المادة (١/١٩٧) من القانون المدني الأردني التي أشارت إلى الحالتين كلاً على انفراد. ثم أن إسقاط العاقد للخيار لا يكون إلا صريحاً، لأنه تنازل عن حق قبل العلم به، وليس متصوراً أن يتم التنازل بشكل ضمني عن حق قبل أن يعلم به صاحبه[٣]. فإذا كان الإسقاط الصريح جائزاً لامكانية صاحب الحق فيه أن يتنازل عنه قبل العلم به، فان الإسقاط الضمني غير جائز، لان صاحب الحق فيه يصعب عليه أن يتنازل عنه ضمناً قبل أن يعلم به. أما

---

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص ٤٣٢.
(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم ٩٩/٣١٤، سنة ٢٠٠٠، ص ١٨٤٨.
(٣) انظر الدكتور محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٤٣٢، انظر عكس ذلك، الدكتور عبد الناصر أبو إلبصل، المرجع السابق، ص ٢٥٩، حيث يقول بالإسقاط الضمني، وعنده يكون الإسقاط أما صريحا من قبل صاحب الخيار كقوله أسقطت خياري، أو ضمنيا، وهو أن يبرئ المشتري البائع من العيب، فهو والإسقاط الصريح سواء، قارن أيضا، الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص ١٦٩-١٧٠.

الرضا بالعيب بعد العلم به فانه قد يكون صراحة وقد يكون دلالة. ويؤيد ذلك ما ذهبت إليه المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، بقولها:"إسقاط المشتري للخيار إسقاطا صريحاً أو ما هو في معنى الصريح......."[1]. وعززت ذلك بأمثلة نحو:"أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى....."، ولم تشر المذكرات الإيضاحية إلي الإسقاط الضمني لخيار العيب. هذا ويلاحظ أن الإسقاط إذ تم صحيحاً، فانه لا يجوز الرجوع فيه، لأنه تصرف انفرادي يلزم من صدر عنه.

(٢) : الرضا بالعيب بعد العلم به :

يسقط الخيار برضاء صاحبه بالعيب في المعقود عليه بعد أن علم به[2]. والرضا بالعيب في مثل هذه الحالة قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً. فيكون صريحاً عندما يصرح المشتري مثلاً، للبائع بأنه متنازل عن العيب الذي في المبيع، كأن يقول رضيت بالعيب، أو أجزت العقد وقبلت به، وقبل منه البائع ذلك[3]. ويكون ضمنياً، عندما يعلم المشتري بالعيب غير انه لا يستعمل حقه في خيار العيب[4]، كما لو اشترى شخص سيارة فوجد بها عيباً ثم قام بتصليحها واستعمالها، وكما لو اشترى حنطة فطحنها، أو لحماً فشواه. ويكون الرضا بالعيب ضمنياً أو دلالة أيضا عندما يعلم المشتري بالعيب، لكنه لم يستعمل حقه في رد

---

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، جـ١، المرجع السابق، ص ٢٢١-٢٢٢.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم ٩٦/٢١٣٤، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٩٧، ص ٣٠٦٠، حيث جاء فيه: "لايرد القول أن المشتري اسقط خياره بفسخ عقد البيع للعيب الخفي وامسك بالمبيع بالمعنى المقصود في المادتين (١٩٨،١٩٧) من القانون طالما ثبت في أوراق الدعوى أن المشتري راجع البائع في اليوم التالي لاستلام المبيع (الصيصان) بعد أن اكتشف أنها مصابة بمرض، وهو عيب خفي وقديم وكان يبذل جهده لمدة تزيد عن الشهر في علاج الصيصان بالأدوية التي كان يصرفها له البائع (المميز ضده) ولا يعتبر المشتري بذلك راضيا بالعيب....".

(٣) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٧/٤، انظر كذلك الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص ٤٣٢.

(٤) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٧/٤، الدكتور عبد الناصر أبو البصل المرجع السابق، ص٢٦٠.

المبيع إلى البائع خلال المدة القانونية التي حددها المشرع لعدم سماع الدعوى، وهي مدة ستة اشهر من تاريخ تسلم المبيع[1] والرضا بالعيب بعد العلم به يعد دليلاً على أن العيب لم يؤثر في رضا المشتري، وان شرط سلامة المعقود عليه من العيب غير مطلوب له في العقد، إذ أن حق الرد الذي يترتب للعاقد بموجب خيار العيب، إنما هو بفوات شرط السلامة، وهو مشروط دلالة في العقد. ورضاء المشتري بالعيب يدل على انه نزل عن هذا الشرط، وإلا لكان قد تمسك به ورد المبيع بالعيب الذي فيه[2]. ولابد من الإشارة إلى أن رضاء المشتري بالعيب الذي في المبيع، بعد علمه به، يمنعه من الرجوع عنه سواء أكان رضاءه بالعيب بعد العلم به قد جاء صريحاً أم ضمنياً، لان رضاءه يعد بمثابة تصرف انفرادي ملزم له.

(٣) : التصرف في المعقود عليه ولو كان قبل العلم بالعيب:

إذا تصرف من له خيار العيب في المعقود عليه، فان تصرفه هذا مهما كان نوعه، بيعاً أو هبةً أو مقايضةً أو غير ذلك، يؤدي إلى سقوط حقه في الخيار، لان العاقد المتملك إذا أراد أن يتمسك بالخيار وجب عليه أن يكون قادراً على رد المعقود عليه، وتصرفه في المعقود عليه يمنعه من قدرته على الرد[3]. وإذا لم يكن قادراً على رد المعقود عليه، فليس أمامه سوى إقرار العقد وإمضائه، لان حقه في الخيار سقط. أما إذا أعيد المعقود عليه إلى العاقد صاحب الخيار لسبب ما، كما لو تم فسخ تصرفه، أو تم الرجوع في هبته، أو تقايلا هو والمتصرف إليه الثاني العقد، عاد للعاقد (المشتري) من جديد حقه في خيار العيب، لانه يكون حينئذ قادراً على رد المعقود عليه إلى البائع[4]. ويلاحظ أن المادة (١/١٩٧) من

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص ٤٣٢.
(٢) علي الخفيف، أحكام المعاملات، ص ٣٦١، الدكتور عبد الناصر أبو البصل، المرجع السابق، ص ٢٦٠.
(٣) الدكتور عبد الباسط جميعي وآخرون، المرجع السابق، ص ٨٠٢.
(٤) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٧/٤، الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص ٤٣٣، الدكتور علي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص ١٧٠.

القانون المدني الأردني، سالفة الذكر، قد أشارت إلى أن التصرف في المعقود عليه قبل العلم بالعيب يؤدي إلى إسقاط حق الخيار بقولها: "يسقط خيار العيب.... بالتصرف في المعقود عليه ولو قبل العلم به....". فهل سقوط الخيار يقتصر على التصرف في المعقود عليه قبل العلم بالعيب؟ أم انه يمتد ليشمل التصرف الحاصل بعد العلم بالعيب أيضا؟ ثم هل أن ما ورد بالمادة (١٩٧) من القانون المدني الأردني سالفة الذكر يقتصر على التصرفات القانونية أم انه يمتد ليشمل التصرفات المادية أيضا؟ أن تصرف صاحب خيار العيب في المعقود عليه بعد العلم بالعيب يعد رضاءً بالعيب دلالة. وهو مما يسقط به الخيار، كما لو باع المشتري المبيع، أو وهبه بعد العلم بالعيب في المبيع. ثم أن التصرف في المعقود عليه بعد العلم بالعيب يسقط ضمان البائع، ومما ينتفي معه خيار العيب، بدليل ما تقضي به المادة (٥١٥) من القانون المدني الأردني، بقولها: "إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد إطلاعه على العيب القديم سقط خياره". وبذلك يمكن القول بان سقوط الخيار لا يقتصر على التصرفات التي يجريها العاقد المتملك في المعقود عليه قبل العلم بالعيب، وإنما يشمل أيضا التصرفات التي يجريها بعد العلم بالعيب[١٠٣]. ففي كلا الحالتين، يسقط خيار العيب وتنتفي معه قدرة المشتري على الرد بسبب التصرف في المعقود عليه. أما فيما يتعلق بنوع التصرف الذي ذكرته المادة (١/١٩٧) والمادة (٥١٥) من القانون المدني الأردني فانه لا يشمل التصرفات المادية في المعقود عليه وإنما يقتصر على التصرفات القانونية، لان المادة (١/١٩٧) قد تعرضت لحالات أخرى من التصرفات، كالزيادة في المعقود عليه والنقصان فيه، التي من الممكن أن ينطبق عليها معنى التصرف المادي الذي يتعذر معه على العاقد أن يرد المعقود عليه[٢]. وقد يرد التساؤل عما إذا كان

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص ٤٣٣، وقد أشار الدكتور محمد يوسف الزعبي، إلى انه كان من الممكن أن يستغني المشرع عن كلمة تصرف المالك التي وردت في نص المادة(٥١٥) من القانون المدني الأردني، لان المعنى يستقيم بدونها، وهو على حق في ذلك، لان المشتري يصبح مالكا بمجرد إبرام العقد، فعلى الرغم من وجود العيب، وثبوت الخيار للمشتري، فان الملك يثبت للمشتري في المبيع للحال، لان ركن البيع مطلق عن الشرط. فهو أي خيار العيب لا يدخل على السبب ولا على الحكم.

(٢) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص ١٧٠.

بإمكـــان العـــاقد المـــتملك الرجوع على العاقد المملك بنقصان الثمن، بسبب وجود العيـــب رغـــم تصـــرفه في المعقود عليه. يرى البعض بحق[1]، أن العلة التي من اجلها أجاز المشرع الأردني للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن في بعض الحـــالات قائمـــة فـــي هـــذه الحالة، وعليه من الممكن قياس حالتنا هذه على تلك الحـــالات، وتطبـــيق للقواعد العامة في خيار العيب التي تجيز للعاقد التملك بشكل مطلـــق أن يـــرجع بنقصان الثمن، عملاً بأحكام المادة (١٩٨) من القانون المدني الأردنـــي التي جاء فيها: "لصاحب خيار العيب أيضا إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصـــان الثمن". ويرى البعض الآخر من الشراح انه يجب إعلام المشتري للبائع بالعيـــب الـــذي تم اكتشافه في المبيع في الوقت المناسب ثم قام بالتصرف فيه بعد ذلـــك، وهنا لا يمكن اعتبار المشتري متنازلاً عن حقه في الضمان، بل يكون بذلك كأنه قد احتفظ بحقه في الرجوع بنقصان الثمن[2].

(٤) هلاك المعقود عليه بعد القبض:

يمتـــنع الـــرد بخيار العيب في حالة هلاك المعقود عليه في يد العاقد المتملك. بمعـــنى أن الهـــلاك قـــد حصـــل بعد القبض، فإذا هلك المعقود عليه في يد العاقد المـــتملك بعد القبض، كأن فقده، أو سرق منه، أو أتلفه، أو استهلكه، فإن حقه في خيار العيب يسقط، لأن هلاكه يجعل استعمال حق الخيار متعذراً لعدم تمكنه من رد المعقـــود علـــيه[3]. أمـــا إذا هلك المعقود عليه قبل القبض في يد البائع فإن العقد ينفســـخ بقـــوة القانون[4]. هذا ويلاحظ بأنه قد يترتب على الهلاك أما سقوط حق الضمان وحق الخيار مطلقاً، لاستحالة رد المعقود عليه إلى البائع. كما لو استهلك العـــاقد الخشب بحرقه، وهلكت الشاة بذبحها. أو قد يترتب على الهلاك سقوط حق

(١) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص ١٧٠.
(٢) الدكتور كمال قاسم ثروت- عقد البيع، المرجع السابق، ص٢٥٥.
(٣) الدكـــتور محمـــد يوســـف الزعبي - العقود المسماة،المرجع السابق، ص٤٣٤، علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص٣٦١- الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٤/٢٨٤.
(٤) الدكتور علي العبيدي- المرجع السابق، ص١٧١. الدكتور السنهوري- مصادر الحق، ٤/٢٨٤.

الضمان وخيار العيب نسبياً، لاستحالة رد المعقود عليه نسبياً[١]. كما لو تمكن العاقد المتملك من استرداد المعقود عليه ممن سرقة منه، أو عثر عليه بعد ضياعه، وهنا يعود إليه حق الضمان ويعود إليه حق الخيار. ومما يجب ملاحظته هنا، أن للمشتري الحق في الرجوع على البائع بنقصان الثمن للعيب الذي في المعقود عليه، إذا هلك أو استهلك لسبب ما[٢]. ونشأ للمشتري الحق في الضمان ولكنه سقط لعدم تمكنه، أي المشتري، من إعادة المبيع إلى البائع وهذا ما تقضي به المادة (٥١٦) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "إذا هلك المبيع المعيب بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل عمله بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن ". هذا وتجدر الإشارة إلى أنه أياً كان سبب الهلاك، سواء أكان فعل المشتري أم فعل الغير أم قوة قاهرة، فإنه يؤدي إلى امتناع رد الشيء المعيب لأن الهلاك يؤدي إلى انعدام المحل، وبالتالي يؤدي إلى سقوط خيار العيب.

(٥) نقصان المعقود عليه بعد القبض:

إن نقصان المعقود عليه بعد القبض يعد مانعاً من موانع الرد، وسبباً من أسباب سقوط خيار العيب. فإذا قبض العاقد المتملك المعقود عليه، وكان به عيب يستحق الضمان، وحصل فيه نقص عنده، بفعله أم بفعل الغير، فإن حقه في الضمان، وفي خيار العيب يسقطان، لتعذر رده بحالته التي كان عليها قبل التعاقد إلى العاقد المملك (البائع مثلاً)[٣]. إذ أن شرط الرد، هو أن يكون المعقود عليه المردود عند الرد على صفته التي كان عليها عند قبضه[٤]. ومن أمثلة النقصان

---

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي – العقود المسماة. المرجع السابق، ص٤٣٤.
(٢) الدكتور عبد الناصر ابو البصل– المرجع السابق، ص٢٦٠، انظر الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٤١، انظر كذلك نص المادة (٥١٦) من القانون المدني الأردني فيما يتعلق بهلاك المبيع، حيث تقضي بأنه: "إذا هلك المبيع بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن ".
(٣) الدكتور محمد يوسف الزعبي،المرجع السابق، ص٤٣٤، السنهوري، مصادر الحق، ٤/٢٨٤.
(٤) الدكتور عبد الناصر أبو البصل– المرجع السابق، ص٢٦٠.

في المعقود عليه، استهلاك المشتري جزءً من المبيع بالأكل أو بالاستعمال، أو بيع المشتري جزءً من الأرض التي اشتراها. إن سبب سقوط خيار العيب في هذه الحالة هو امتناع الرد لأن البائع يرغب بأن يرد إليه المبيع كاملاً لا ناقصاً، فإذا عاد إليه ناقصاً ومجزءاً فإنه قد يلحق به ضرر إذا ما أراد أن يبيع ذلك الشيء مرة أخرى، غير أنه يجوز أن يتنازل البائع عما هو مقرر لصالحه من منع رد المبيع ناقصاً ومجزءاً بأن يقبله على حالته مقابل خصم جزء من الثم يقابل النقص في المعقود عليه، وفي هذه الحالة يكون حق الضمان وحق الخيار كما لو لم يسقطا[1]. والنقصان في المعقود عليه، إما أن يكون بغير فعل العاقد المتملك قبل القبض، بأن يكون بفعل البائع بسبب أجنبي، فالقبض في هذه الحالة لا يلتفت إليه، ويعامل المعقود عليه وكأنه كاملاً ليس فيه نقص، ويكون للمشتري الخيار، إن شاء أخذ المبيع وطرح قدر النقص، وإن شاء ترك، لأن العقد قبل القبض يعتبر عقداً غير لازم يحق بموجبه للعاقد المتملك خيار الفسخ بالعيب فلا يحتاج إلى خيار آخر، وهو ما تقضي به المادة (١٩٥) من القانون المدني الأردني التي تعتبر العقد غير لازم في حق العاقد قبل القبض، ويمكنه بذلك أن يفسخه دون حاجة إلى تقاض أو تراضٍ، على أن يعلم العاقد المملك بذلك. وقد يكون النقص في المعقود عليه قبل القبض بفعل المشتري، وهو في هذه الحالة مخير بين أمرين هما كما يأتي:

١. إما أن يأخذ المعقود عليه ولا يرجع على البائع بشيء، لأنه هو الذي يتحمل تبعه النقص فيه. ويستحيل عليه إعادة المبيع إلى البائع بحالته التي كان عليها قبل التعاقد.

٢. أو أن يرجع على البائع بالنقص في الثمن نتيجة العيب، وللبائع أن يأخذ المبيع فيسقط جميع الثمن[2]. كما قد يكون النقص بعد القبض، والمعقود

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي،المرجع السابق، ص٤٣٤-٤٣٥.
(٢) الدكتور عبد الناصر أبو البصل- المرجع السابق، ص٢٦١.

علــيه في يد المشتري، أياً كان سبب النقص، ثم وجد المشتري به عيباً. فليس له أن يرده بالعيب، لأن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على صــفته التــي كان عليها عند قبضه. وهو هنا أصبح معيباً بعيبين، العيب القديــم والعيب الحادث (النقص الحاصل عند المشتري). وإذا كان البائع يضــمن العيب القديم فإنه لا يضمن النقص في المعقود عليه، لأنه حاصل بعــد القبض في يد المشتري، فانعدم بذلك شرط الرد. ولا يبقى للمشتري إلا الــرجوع بالنقص في الثمن للعيب، ما لم يقبل بأخذ المبيع ورد الثمن كله[1].

(٦) زيادة المعقود عليه:

إن زيادة المعقود عليه تمنع رده وتؤدي إلى سقوط خيار العيب، وحتى يكون للزيادة هذا الأثر على الخيار لا بد من أن تكون كما يأتي:

١. زيادة المعقود عليه قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة منه.

٢. زيادة المعقود عليه بعد القبض زيادة منفصلة متولدة منه.

ونعرض لكل من هذين النوعين من الزيادة في المعقود عليه بصورة مستقلة.

١- زيادة المعقود عليه قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة منه:

إذا كانــت الزيادة في المعقود عليه زيادة متصلة غير متولدة منه وحدثت الزيادة قبل القبض فإنها تمنع رده بالعيب. بمعنى أنها سبب لسقوط خيار العيــب. وأمثلتها، صبغ الثوب والبناء أو الغراس على الأرض. وذلك لأن هــذه الزيادة ليست تابعة للمعقود عليه، بل هي أصل بذاتها، فيتعذر ردها مــع المعقــود علــيه، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل، كما لا يمكــن رده مع الزيادة لأنها ليست تابعة في العقد، فهي لم تكن محلاً في

(١) السنهوري، مصادر الحق، ٤/٢٨٥، انظر كذلك محمد يوسف الزعبي،المرجع السابق، ص٤٣٥.

العقد، ومن ثم لا تكون محلاً للفسخ. إضافة إلى ذلك، أن ردها مع المعقود عليه إلى البائع فيه معنى الربا لأنها تعد فضلاً في عقد المعاوضة بدون مقابل(١). وبذلك يحق للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن. أما إذا كانت الزيادة متصلة قبل القبض، ولكنها كانت متولدة من المعقود عليه، كالكبر، والسمن والنمو، فإنها لا تمنع الرد بالعيب. لأنها زيادة تتبع الأصل، فكانت مبيعة تبعاً للمعقود عليه في العقد. وما كان تابعاً للمعقود عليه في العقد كان تابعاً له في الفسخ(٢). أما فيما يتعلق بالزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل، كالثمر واللبن والولد، فإنها لا تمنع الرد بالعيب. فإن شاء العاقد المتملك ردها مع الأصل، وإن شاء رضي بالمعقود عليه مع الزيادة بجميع الثمن(٣). وأما الزيادة المنفصلة غير المتولدة من المعقود عليه، كالغلة والكسب، فإنها أيضاً لا تمنع الرد بالعيب، لأنها ليست مبيعه، وإنما هي مملوكة بملك الأصل (المعقود عليه). فبالرد يفسخ العقد في المعقود عليه وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن، عند أبى حنيفة، لكنها لا تطيب له، إذ أنها ربح ما لم يضمن، وعند أبى يوسف ومحمد، تكون الزيادة للبائع لكنها لا تطيب له(٤). وإذا كانت الزيادة المتصلة غير المتولدة من المعقود عليه تسقط خيار العيب وتمنع الرد، إذا حدثت قبل القبض، كما بينا ذلك سابقاً، فهل يكون لهذه الزيادة الأثر ذاته إن حدثت بعد القبض أم لا ؟ بمعنى أنها لا تؤدي إلى سقوط الخيار ولا تمنع الرد بالعيب ما دام أنها حدثت بعد قبض العاقد المتملك للمعقود عليه. وهو ما يمكن استنتاجه من مفهوم المخالفة لنص المادة (١٩٧/١).

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٥/٤، انظر كذلك الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٧٢، ابن الهمام، فتح القدير، ١٦٠/٥ قارن أيضا، الدكتور عبد الناصر أبو البصل- المرجع السابق، ص ٢٦٢، والمراجع التي أشار إليها.
(٢) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٥/٤-٢٨٦.
(٣) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٦/٤.
(٤) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٤/ ٢٨٦. علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق. ص ٣٦٢-٣٦٣، بند ٣ من الهامش.

يرى بعض الشراح أن الزيادة المتصلة غير المتولدة من المعقود عليه بعد القبض تمنع الرد وتسقط الضمان، ولا فرق بينها وبين الزيادة قبل القبض، إلا إذا رضي من تضرر من الزيادة بذلك، وسند هؤلاء الشراح في ذلك هو نص المادة (١/٥١٨) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه: " إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم ظهر للمشتري عيب قديم فيه فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب وليس للبائع الحق في استرداد المبيع"[١].أما البعض الآخر فيتساءل فقط عن سبب عدم سقوط حق المشتري في رد المبيع المعيب إذا حدثت الزيادة بعد القبض، ويرى أيضا تطبيق المادة (١/٥١٨) م القانون المدني الأردني[٢]. ولا شك في ان الزيادة المتصلة غير المتولدة من المعقود عليه التي حدثت بعد القبض لا تمنع الرد بالعيب، أي لا تسقط خيار العاقد المتملك في العيب، ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن، لأن الزيادة حصلت في ضمان المشتري بعد القبض، فإن ردها مع المعقود عليه كانت للبائع ربح ما لم يضمن، وأن استبقاها ورد الأصل (المعقود عليه) فإنها تبقى في يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا، وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض فإنها، كما بينا سابقاً، تحصل في ضمان البائع، فجاز ردها مع الأصل إلى البائع لأنها حصلت في ضمانه، ومن ثم جاز الرد بالعيب.

٢. زيادة المعقود عليه بعد القبض منفصلة متولدة منه :

إذا كانت زيادة المعقود عليه زيادة منفصلة متولدة منه وحدثت بعد القبض، فإنها تمنع الرد بالعيب. أي أنها سبب لسقوط خيار العيب، لأن الزيادة حصلت في ضمان المشتري فإن ردها مع المعقود عليه كانت للبائع ربح ما لم يضمن، وإن أبقاها ورد المعقود عليه تبقى في يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا. ويحق للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن[٣]. ومثال هذا النوع من الزيادة، إذا اشترى

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي – عقد البيع، المرجع السابق، ص٤٣٦.
(٢) الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٧٢.
(٣) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٤/٢٨٦، انظر الدكتور عبد الناصر أبو البصل- ص٢٦٣.

شخص حيواناً فولد، أو أنتج لبناً، أو اشترى بستاناً فنتج له محصولاً. أما إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل (المعقود عليه)، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ولا تعد سبباً لسقوط الخيار. ويرد المعقود عليه إلى البائع، وأما الزيادة فتبقى للمشتري طيبة له لأنها حصلت في ضمانه[1]. هذا ويلاحظ انه إذا كانت الزيادة المتصلة متولدة أو غير متولدة أو منفصلة غير متولدة لا تمنع من الرد بالعيب أيضا. ولقد تساءل بعض الشراح وبحق، عما إذا كانت ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري وأصبح هذا مالكاً للمعقود عليه، ثم حصلت الزيادة في المبيع، ألا يمكن عدّ هذه الزيادة من قبيل الملك للمشتري؟ فإذا أراد أن يسترد الثمن، ألا يحق له أن يحتفظ بها في مقابل انتفاع البائع بالثمن؟ فأين إذن الربا أو شبهة الربا في مثل هذه الأحوال؟ ويرى هؤلاء أن مثل هذه الزيادة لا تمنع من رد المعقود عليه[2].

ثامناً- أثر الموت على خيار العيب، (وراثة خيار العيب)

تقضي المادة (٢/١٩٧) من القانون المدني الأردني بأنه: "ولا يسقط بموت صاحبه ويثبت لورثته". يتبين من نص المادة (٢/١٩٧) أعلاه، أن خيار العيب لا يسقط بموت صاحب الخيار، فإذا مات من له الخيار قل أن يختار كان لورثته حق الخيار من بعده.فمثلاً لو أن المشتري مات بعد إبرام عقد البيع، فإن حق الخيار ينتقل إلى خلفه العام من بعده، بحيث لو اكتشفوا عيباً في المبيع توافرت فيه شروط العيب، سالفة الذكر، فلهم الحق في أن يتمسكوا بالخيار ويقومون مقامه في جميع ما يستحقه من حقوق، وهي تتمثل بما يأتي:

١- إما رد المبيع إلى البائع، وليس لهم أن يتمسكوا به مع المطالبة بإنقاص الثمن، لأنهم لا يجوز لهم أن يرثوا أكثر مما كان يملك مورثهم، إذ لا يجوز للخلف

(١) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ٢٨٦/٤.
(٢) انظر الدكتور علي العبيدي، المرجع السابق، ص١٧٣.

أن يكــون له من الحقوق أكثر مما كان للسلف. فمورثهم لم يكن يملك أكثر من رد المبيع أو إمضاء البيع.

٢- **إقرار البيع وإمضاؤه والتمسك بالمبيع بالثمن المسمى.**

هــذا ويلاحــظ أن هذا الحكم يسري على عقد البيع فقط، والذي اخذ المشرع الأردنـــي فـــيه بالمذهب الحنفي. أما بالنسبة لخيار العيب فيما عدا عقد البيع، فإن لصــاحب الخــيار فيه أما فسخ العقد أو الإمساك بالمعقود عليه والرجوع بنقصان الثمــن، وهو رأي المذهب الحنبلي والذي اخذ به المشرع الأردني في خيار العيب. وهــو ما سنراه بتفصيل أكثر لاحقاً. وقد أكدت حكم المادة (٢/١٩٧) بشأن وراثة خــيار العيــب، المادة (٥٢٠) من القانون المدني الأردني حيث تنص على انه: " ينــتقل حق ضمان العيب بوفاة المشتري إلى الورثة". ولنا أن نتساءل بشأن خيار العيــب وانــتقاله إلى الورثة أن تعددوا فتمسك بعضهم بالعيب وطالب برد المبيع، وتمسك الآخرون بإمضاء العقد وإقراره، فما هو الحل؟ لم يتعرض القانون المدني الأردني إلى حل لها التساؤل، غير انه يمكن القول مع بعض الشراح[1]. بأن الحل يكمــن بالــرجوع إلـــى حل يشبه الحل الذي جاءت به المادة (٤٧٥) من القانون المدني الأردني، التي تتعلق في جزء منها بموت المشتري في البيع بشرط التجربة قــبل اختــياره، حيث تنص على انه: "إذا مات المشتري قبل اختياره ... انتقل هذا الحــق للورثـــة فإن اتفقوا على إجازة البيع أو رده لزم ما اتفقوا عليه وان أجاز البعض ورد البعض الآخر لزم الرد". فالعبرة إذن في تساؤلنا أعلاه، لمن اختار رد المبــيع وتمسك بخيار العيب، قياساً على البيع بشرط التجربة. أما إذا كان الوارث واحــداً أو كـــانوا متعددين واتفقوا على الرد أو إمضاء العقد، فلا تثور أية مشكلة من هذا القبيل.

(١) الدكتور محمد يوسف الزعبي،المرجع السابق، ص٤٣٧.

تاسعاً- رجوع صاحب الخيار بنقصان الثمن:

تـنص المـادة (١٩٨) من القانون المدني الأردني على أنه: " لصاحب خيار العيـب أيضا إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن. غير أن رجوع صاحب الخـيار بنقصـان الثمـن يسـتلزم توافـر شروط عديدة أشارت إليها المذكرات الإيضاحية[١]. نوجزها بما يلي:

(١) أن يـتعذر على العاقد المتملك رد المعقود عليه، كأن يهلك أو تحدث به زيادة أو نقص وهو في يده، على التفصيل الذي أوضحناه سابقاً.

(٢) ألا يكـون تعذر الرد راجعاً إلى سبب من العاقد نفسه، فإن كان السبب من قبله لا يرجع بنقصان الثمن. أما إذا كان الرد غير متعذر، بأن كان المشـتري يرغب في الإمساك بالمعقود عليه بعد علمه بالعيب، فلا حق له في الرد ولا في الرجوع بنقصان الثمن. أما إذا كان تعذر الرد بسبب البائع وليس المشتري، أو لهلاك المعقود عليه أو نقصه بسبب سماوي لا صـلة له بـه، كان للمشتري الحق في الرجوع على البائع بنقصان الثمن للعيب، وذلك لرفع الضرر عنه بقدر ما يمكن، بعد ما تعذر الفسخ لسبب لا يد له فيه.

(٣) ألا يعوض العاقد عن المحل عند فواته وامتناع الرد.

(٤) عـدم رضا العاقد المتملك بالعيب صراحة أو دلالة بعد تحقق المانع من الـرد، لأن رضاه بالعيب يمنعه من الرجوع بنقصان الثمن للعيب. لأنه يتبين عندئذ أن شرط السلامة من العيب غير مطلوب له. هذه الشروط التـي أشارت إليها المذكرات الإيضاحية مطلوبة لرجوع العاقد صاحب الخـيار بنقصـان الثمن للعيب، في المذهب الحنفي، والذي لم يأخذ به المشرع الأردني في هذه المسألة. أما ما أخذ به المشرع الأردني، فهو

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج١، المرجع السابق، ص٢٢٥.

ما جاء بالمذهب الحنبلي الذي يجعل لصاحب الخيار الحق في رد المبيع، أو الإمساك به، مع الحق في رجوعه على البائع بنقصان الثمن، دون شروط. وفي هذه سهولة ويسر على الناس[1]. إلا أن ما يثير التساؤل ويدعو للاستغراب هو موقف المشرع الأردني بخصوص عقد البيع، إذ هو قد التزم بقواعد المذهب الحنفي فيما يتعلق برجوع المشتري على البائع بنقصان الثمن للعيب. وذلك بموجب المادة (٥١٣ من القانون المدني الأردني مخالفاً بذلك ما قرره في المادة (١٩٨) من القانون المدني الأردني. تقول المادة (٥١٣) أنه: " إذا ظهر في المبيع عيب قديم، كان المشتري مخيراً، إن شاء رده، أو شاء قبله بالثمن المسمى، وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن". يتبين من هذا النص أن المشرع أعطى المشتري في حالة وجود عيب قديم، واحدا من خيارين هما: أما أن يقوم برد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن منه، وإما أن يقبل بالمبيع، بالعيب الذي فيه، وبالثمن المتفق عليه. وهنا يكون المشتري كأنه أعفى البائع من مسئوليته عن العيب الذي في المبيع استناداً إلى ما تقضي به المادة (٥١٤/٣) التي جاء فيها: "لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية:
٣- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر". وإذا كان القانون المدني الأردني قد أعطى المشتري الخيار بين رد المبيع، أو قبوله بالثمن المسمى، فهو لم يعطه الحق في إمساك المعقود عليه وابقائه لديه والمطالبة بإنقاص الثمن بقدر العيب الذي فيه، وسبب ذلك يعود إلى تأثر المشرع الأردني بالفقه الحنفي الذي يعتبر العيب في المبيع نقصاً في أوصافه، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، ومن ثم لا يجوز للمشتري الإمساك بالمبيع بما يقابله من

---

(١) انظر الدكتور عبد الباسط جميعي وآخرون، المرجع السابق، ص٨١٠، انظر أيضا الدكتور الدكتور عبد الناصر أبو البصل- المرجع السابق، ص٢٦٤. انظر قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم ٨٧/٣٨٢ في ١٩٨٧/٦/١٦. مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠، ص٢٤٠.

الثمن، لأن في ذلك ضرراً على البائع الذي لم يكن ليقبل بالبيع بأقل من الثمن المتفق عليه.

غير أن المشرع الأردني عاد وسمح للمشتري بالإمساك بالمبيع والمطالبة بإنقاص الثمن وذلك في ثلاث حالات بينتها المواد (٥١٦، ٥١٧، ٥١٨) من القانون المدني الأردني. ففي المادة (٥١٦) من القانون المدني الأردني، سمح المشرع للمشتري بأن يرجع على البائع بنقصان الثمن للعيب إذا هلك المبيع بعيب قديم في يده أو استهلكه قبل علمه بالعيب. وهنا لا يحق للمشتري أن يرد المبيع، وانما له المطالبة بإنقاص الثمن فقط. أما في المادة (٥١٧) فقد أجاز المشرع الأردني للمشتري أن يطالب البائع بنقصان الثمن للعيب الذي في المبيع، حيث تقضي بأنه:

١. إذا حدث في المبيع لدى المشتري عيب جديد فليس له أن يرده بالعيب القديم، وإنما له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه.

٢. إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع على البائع بالعيب القديم.

وأما المادة (٥١٨) من القانون المدني الأردني فهي الأخرى أعطت المشتري الحق في إمساك المبيع والرجوع بنقصان الثمن على البائع للعيب الذي في المبيع. وهذا الاستثناء الذي جاءت به المادة (٥١٨) سببه حدوث زيادة مانعة من الرد، لأن المشتري إذا أراد إعادة المبيع إلى البائع، سيتعرض إلى خسارة تتمثل في ما أنفقه على المبيع من ماله مما زاد في قيمته. وإذا أراد إبقاؤه دون المطالبة بما يقابل العيب القديم الذي فيه، سيلحق به ظلم وإجحاف لا ينبغي أن يلحقا به، لذا أجاز له المشرع أن يتمسك بالمبيع مع إنقاص الثمن عن العيب القديم الذي فيه. وقد جاء في المادة (٥١٨) أنه:

١. إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم ظهر للمشتري عيب قديم فيه فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب وليس للبائع الحق في استرداد المبيع.

٢. والزيادة المانعة هي كل شيء من مال المشتري يتصل بالمبيع.

فكيف بعد كل ذلك يمكن أن يزال التعارض بين المادة (١٩٨) التي تعطي للعاقد، صاحب الخيار، الحق في إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن، والمادة (٥١٣) التي لا تخول المشتري الحق في إمساك المعقود عليه والمطالبة بإنقاص الثمن، وانما أعطته الخيار بين الرد والقبول بالثمن المسمى. والمواد (٥١٦، ٥١٧، ٥١٨) التي أجازت للمشتري الحق في المطالبة بإنقاص الثمن للعيب فقط دون رد المبيع.

يرى بعض الشراح أن حل التعارض يكمن في أن تكون القواعد المنصوص عليها في عقد البيع خاصة بالبيع وحده باعتباره عقداً من العقود المسماة، أما العقود الأخرى التي لم ينص فيها على أحكام خيار العيب، فتطبق بشأنها القواعد العامة في نظرية العقد(١). وهذا الحل وان بدا منطقياً وعملياً بعض الشيء، إلا أنه لا يخلو من صعوبات في التطبيق، حيث أن كثرة العقود وتعددها قد تقف عقبة أما تشتت النصوص واختلافها. خاصة وأن المشرع الأردني نص في المادة (٦٨٨) من القانون المدني على انه: "تسري على وجود العيب في الإجارة أحكام خيار العيب في المبيع في كل ما لا يتنافى مع طبيعة الإجارة ". وهذا يعني أن عقد الإيجار يخرج عن تطبيق القواعد العامة في خيار العيب لتسري عليه أحكام خيارِ العيب في المبيع. ونعتقد أن الحل في إزالة التعارض بين النصوص القانونية المنظمة للعيب يكمن في توحيد هذه النصوص في نظرية عامة واحدة منظمة تحكم العيب حيثما وجد في كافة العقود.

(١) الدكتور عبد الناصر أبو البصل- المرجع السابق، ص٢٦٥.

الخاتمة

١. اتصـــال خيار العيب اتصالاً وثيقاً بشرط سلامة المبيع الذي يفترض ضمناً فـــي العيـــن المبـــيعة، حتى دون الاتفاق عليه صراحة، وذلك لأن غرض المشـــتري في العين عند شرائها هو الانتفاع بها والانتفاع لا يكتمل ما لم تكن العين خالية من العيب الذي إن وجد لا شك انه سيؤثر في سلامتها.

٢. إن المبلغ المدفوع ثمنا للعين المبيعة لا شك أنه يمثل البضاعة السليمة. بمعـــنى أن المـــبلغ المدفوع هو عادة كمقابل للعين الخالية من العيب فإذا وجد العيب فيجب أن يبادر إلى إنقاص الثمن إذا رغب المشتري في ذلك، ومـــع ذلك فإن المشتري عادة يرغب في فسخ العقد، لأنه يبحث عن عين سليمة خالية من العيب.

٣. يثبـــت الخـــيار للعاقد دون حاجة إلى اشتراطه من قبل العاقدين لأنه يثبت بحكـــم القانون وذلك لتعلقه بسلامة العين والسلامة شرط في العقد دلالة، ومـــع ذلـــك فهي كالمشروطة نصاً لأن السلامة مطلب للمشتري لا يحيد عنها، فإذا كانت غير موجودة فإنها ترتب للمشتري الخيار لوجود العيب.

٤. يظهـــر الـــتعارض بين المادة (١٩٨) والمادة (٥١٣) حيث تعطي الأولى للعاقد صاحب الحق في إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن، أما المـــادة (٥١٣) فإنهـــا لا تخول المشتري الحق في إمساك المعقود عليه والمطالـــبة بإنقاص الثمن وإنما تمنحه الحق في الخيار بين الرد والقبول بالثمن المسمى، وكذلك المواد (٥١٧،٥١٦، ٥١٨) التي أعطت للمشتري الحق في المطالبة بإنقاص الثمن للعيب فقط دون رد المبيع.

ولإزالــــة هــذا التعارض يجب توحيد النصوص القانونية في المواد أعلاه في إطـــار نظـــرية عامة واحدة تنظم خيار العيب والعيب الخفي حيثما وجد وفي كافة العقود.

منع الحيل
والأخذ بالأحوط عند المالكية
وأثره في رعاية المقاصد الشرعية

د. سعد الدين صالح دداش*

ملخص البحث:

الشـــريعة الإسلامية وضعت لتحقيق مصالح الخلق، وهي مصدر الأحكام، ومنبر الاجتهاد؛ يستلهم الفقهاء منها الهدى، يتفهمون أسرارها، ويقفون عند مقاصدها فقها وتـــنزيلا، وقد اعتبر الإمام الشاطبي العلم بالمقاصد شرطا من شروط تحقيق منصب الاجتهاد، ويجعل الاستنباط خادما لمقاصد الشريعة فالأول مقصود و الآخر وسيلة له.

وفـــي هـــذه الدراســـة نحاول الكشف عن بعض تلك الأصول والقواعد التي تعتبر مســـلكا تطبيقـــيا اجتهاديا لرعاية المقاصد الشرعية في المذهب المالكي، وقد اخترت قاعدتين للدراسة وهما: منع الحيل والأخذ بالأحوط.

* أستاذ مساعد – جامعة الإمارات العربية المتحدة – كلية الشريعة والقانون.

مقدمة:

أنـــزل الله الشـــريعة لتكون منهاج حياة، وحكمه النافذ، تحقق للناس مصالحهم وتجلب لهم الخير في الدارين، وظلت هذه الشريعة نابضة بالحياة متواصلة العطاء عـــبر القرون المتتالية، متفاعلة مع مختلف البيئات، متجاوبة مع متطلبات الحياة، وكانـــت – ولازالـــت بحمـــد الله – مصدر الأحكام ومنبر الاجتهاد؛ يستلهم الفقهاء الأكفـــاء مـــنها الهـــدى، يتفهمون أسرارها، ويقفون عند مقاصدها فقها وتنزيلا، يـــراعون عند اجتهادهم وتطبيقهم للأحكام تلك المقاصد العالية، ووضعوا جملة من القواعد تضبط عملية الاستنباط حتى لا يعود اجتهاد الفقيه بالنقض أو الهدم لأصل من تلك الأصول والقواعد المعتبرة.(١)

هـــذا وقـــد أولـــى المالكية هذه المقاصد وما يتبعها من قواعد وأصول عناية فائقـــة، وقرروا أنه ينبغي على الفقيه استحضارها عند الاستنباط، بل اعتبر الإمام الشـــاطبي العلـــم بها شرطا من شروط تحقيق منصب الاجتهاد، ويجعل الاستنباط خادما لمقاصد الشريعة فالأول مقصود والآخر وسيلة له.(٢)

وفـــي هذه الدراسة نحاول الكشف عن بعض تلك الأصول والقواعد التي تعتبر مسلكا تطبيقيا اجتهاديا لرعاية المقاصد الشرعية في المذهب المالكي، وقد اخترت قاعدتين للدراسة هما منع الحيل والأخذ بالأحوط.

أسأل الله تعالى أن يوفقني للحق وأن يلهمني الصواب بفضله ومنّه.

---

(١) خصائص التشريع الإسلامي، الدكتور فتحي الدريني: ١٩٥، مؤسسة الرسالة، ط ٢ ١٤٠٢ هـ.

(٢) الموافقات، للإمام الشاطبي: ٤/٦٢/١٠٥-١٠٧ دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٥هـ.

المبحث الأول

قاعدة منع التحيّل(١)

تمهيد:

مــن المقــرر شرعا أن أحكام الله تعالى شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد عــن الخلق، فهي بذلك تتنافى مع التحيّل الذي يتوصل به إلى إسقاط شيء أوجبه الله، أو تحليل ما حرّمه الله.(٢)

قــال موفق الدين المقدسي في المغنى:"إن الله سبحانه وتعالى عذب أمة بحيلة احــتالوها فمســخهم قردة وخنازيرا وسماهم معتدين(٣) وجعل ذلك نكالاً وموعظةً للمتقين "(٤)، وقال أيوب السختياني(٥):"إنهم ليخادعوا الله كما يخادعون صبياً"(٦).

فما معنى التحيل عند علماء اللغة والأصول؟

---

(١) الحــيل الشــرعية بــاب من أبواب الفقه كالفرائض وقد صنف فيه العلماء كتبا أشهرها كتاب الحيل للإمــام أبــي بكــر أحمد بن عمر المعروف بالخصاف الحنفي المتوفى سنة:٢٦١، في مجلدين، وله شــروح مــنها: شرح الحلواني وشرح السرخسي، وكتاب محمد بن علي النخعي، وابن سراقة، وأبي بكــر الصــيرفي، وغــيرها، وقد ذكروا في هذه الكتب الحيل الدافعة للمغالبة وأقسامها من المحرمة والمكروهة والمباحة، وقد أطال الحافظ ابن القيم رحمه الله في كتابه أعلام الموقعين في إبطال الحيل التــي أحدثها الفقهاء. انظر كتاب أبجد العلوم، صديق بن حسن القنوجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٨، تحقــيق عبدالجــبار زكار، ٢٥٩/٢. وأيضا كتاب: إبطال الحيل، لعبيد الله بن بطة العكبري، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣، ط٢، ص٤٥.

(٢) الموافقات للإمام الشاطبي: ٣٧٩/٢ – ٣٨٠، ٣٨٧، ط/ حققه عبدالله دراز، دار المعرفة، بيروت.

(٣) انظر تفسيير الآية:٦٥-٦٦، البقرة في التحريم والتنوير:٥٤٣/١، الجامع لأحكام القرآن٤٣٩/١.

(٤) المغني. ابن قدامة (موفق الدين محمد).(مصر:مكتبة الجمهورية المصرية)، ٤٣/٤.

(٥) أيــوب بــن أبي تميمة، أبو بكر البصري السختياني ثقة ثبت حجة من خيار الفقهاء العباد، مات سنة ١٣١ وقيل:١٣٢هــ وله ٦٥سنة بطريق مكة في طاعون جارف، تهذيب سير أعلام النبلاء:٢١/١.

(٦) المدخــل إلى مذهب الإمام أحمد، لابن بدران الدمشقي ط:٢، بيروت مؤسسة الرسالة، ١٩٨١م، ص: ١٣٩، وشرح الكوكب المنير، ابن النجار محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي، ت: محمد الزحيلي ونزيه حماد الرياض: مكتبة العبيكان ١٤١٣هــ -١٩٩٣م، ص:٤٣٥، وأعلام الموقعين، ابن القيم، ٢٠٨/٣.

المطلب الأول

تعريف التحيل

الفرع الأول: تعريف التحيل لغةً:

الحـــيلة في اللغة بالكسر من الاحتيال[1] وهي التي تحول المرء عما يكرهه إلى ما يحـــبه[2] كما تطلق على الحذق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف في الأمور، ووســـيلة بارعـــة، نقول: تحيّل الشيء عن ظاهره ابتغاء الوصول إلى المقصود، ثم غلب استعمالها في الطرق الخفية التي يتوصل بها المرء إلى غرضه[3].

كما تطلق على الخديعة وجمعها: حول وحيل[4].

فقـــد اتفقـــت جمـــيع هـــذه الـــتعاريف على كونها: وسيلة حذقة للوصول إلى المقصود.

الفرع الثاني: أما اصطلاحاً:

فقد عرفها علماء الأصول بتعاريف متقاربة تكاد تكون واحدة خاصة المالكية منهم والحنابلة، نعرض بعضها فيما يلي:

١- عـــرفها الطاهـــر بـــن عاشور بقوله:" اسم التحيل يفيد معنى إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتد به شرعاً في صورة عمل معتد به "[5].

---

(١) لســـان العرب، ابن منظور، ص:١٠٧٣/٢، ومختصر الصحاح، الرازي فخر الدين محمد بن عمر، ط، بيروت، دار الكتب العلمية، ص:٢٠٧، والقاموس المحيط، الفيروز أبادي، ٣٥٤/٣.

(٢) الـــتعريفات، الجرجاني علي بن محمد السيد الشريف، ط١ت: عبد المنعم الحفني ١٤١٥هـ -١٩٩٤م، ص: ١٠٦

(٣) أصول التشريع الإسلامي. على حسب الله..(ط:٦دار الفكر العربي ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م)،ص:٣٦٠، وفتح الباري: ٣٢٦/١٢

(٤) المعجم الوسيط، تأليف مشترك، ط:٢ضبط: إبراهيم أنيس عبد الحليم المنتصر دار الفكر: ٢٠٩/١.

(٥) مقاصـــد الشـــريعة. الطاهر بن عاشور، ص:١١٠ تحت عنوان: التحيل على إظهار العمل في صورة مشروعة مع سلبه الحكمة المقصودة للشريعة.

وعرَّفها أبو إسحق الشاطبي في كتاب المقاصد، القسم الثالث المسألة العاشرة بقوله:"إن الله أوجب أشياء وحرم أشياء بلا قيد ولا سبب كما أوجب الصيام وحرم آخر كذلك:كإيجاب الزكاة وتحريم الانتفاع بالمغصوب فإذا تسبب المكلف في إسقاط ذلـك الوجوب عن نفسه أو في إباحة ذلك المحرم لنفسه حتى يصير الواجب غير واجب في الظاهر والمحرم حلالاً في الظاهر فذلك التسبب يسمى حيلة "[١].

٣- وعـرفها ابـن القيم بقوله:"... هو نوع مخصوص من التصرف والعمل الـذي يـتحول بـه فاعله من حال إلى حال، والتي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة "[٢].

وقد استعملها الحنفية بمعنى المخرج من الضيق والحرج، ومنهم الإمام محمد بـن الحسـن الشيباني حيث سمى كتابه المخارج في الحيل[٣]، وعرفها ابن نجيم بقوله: "ما يكون مخلصاً شرعياً لمن ابتلي بحادثة دينية "[٤].

نلاحظ أنه اجتمعت في هذه التعاريف جملة من القيود هي:

١) التحيل بفعل مشروع إلى فعل غير مشروع.

٢) تعمد المتحيل مخالفة قصد الشارع.

٣) التحيل عمل يحتاج لفطنة وذكاء.

وبمجموع هذه القيود يصير الفعل تحيلاً.

---

(١) الموافقات، الشاطبي، ت: دراز، ٣٧٩/٢.
(٢) أعلام الموقعين. ابن القيم، ٣٠٤/٣
(٣) نشـره واعتـنى بتصحيحه يوسف شخت ط: ليبسك ١٩٣٠، وأعادت طبعه بالأوفست مكتبة المتنبي ببغداد لصاحبها: قاسم محمد الرحب، الكتاب جاء في ١٤٠ص مع الفهارس.
(٤) الأشـباه والـنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، بيروت: دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ -١٩٨٥ م)، ص:٤٠٦.

المطلب الثاني

حكمــــها

قبل أن نبين حكم التحيل نحرر محل النزاع أولا فنقول:

تنقسم الحيل باعتبار موافقتها للمقصد الشرعي من عدم ذلك إلى:

الفرع الأول: المتفق على جوازه، كالأسباب الشرعية التي وضعها الشارع لأغراض خاصة إذا استخدمت فيما وضعت لأجله كعقد البيع لنقل الملك وإباحة الانتفاع بل مرغب فيها كوسيلة من الوسائل الموصلة إلى جلب المنافع[(١)].

ومن ذلك التصرفات المشروعة في ذاتها إذا استخدمت فيما وضعت لأجله مما لا يفطن الناس إليه، أو قصد بها الوصول إلى غير ما وضعت له مما هو حلال كدفع الأذى ورفع الظلم وهو كذلك ممدوح وتعتبر فطانة وكياسة، ويعبّر عنه الشيخ الطاهر بن عاشور بقوله:"أما السعي إلى عمل مأذون بصورة غير صورته أو بإيجاد وسائله فليس تحيلا ولكنه يسمى تدبيراً أو حرصاً أو ورعاً كمن هوى امرأة فسعى لتزوجها لتحل له مخالطتها"[(٢)].

ونستطيع أن نمثل له بقصة ذلك الرجل الذي جاء إلى النبي ﷺ يشتكي جاره وأنه كان يؤذيه، فأرشده إلى وسيلة يدفع بها ضرر جاره، فقال له: أخرج متاعك فضعه في الطريق، فأخرج متاعه فوضعه على الطريق فجعل كل من مر عليه قال: ما شأنك قال إني شكوت جاري إلى رسول الله ﷺ فأمرني أن أخرج متاعي

---

(١) انظر: تفسير القرطبي: ٢٣٦/٩، دار الشعب، القاهرة، ط٢، ١٣٧٢، تحقيق أحمد عبدالعليم البردوني، المنثور في القواعد، للإمام بدر الدين الزركشي، ٩٣/٢، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط٢، ١٤٠٥، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود، أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله،ص:٣٦٤.

(٢) مقاصد الشريعة. الطاهر بن عاشور. ص: ١١٠

فأضعه على الطريق، فجعلوا يقولون: اللهم العنه اللهم أخزه، قال فبلغ ذلك الرجل فأتاه فقال أرجع فوالله لا أوذيك أبدا[1].

هناك مثال آخر ذكره بعض الفقهاء لكنه ليس من باب الفطنة بل الحيلة[2].

الفرع الثاني: والمتفق على تحريمه: وهو التحيل على الناس في المعاملات وإيقاعهم فيما يجهلونه وهو المسمى بالتغرير[3].

الفرع الثالث: المختلف فيه، كالتصرفات المحرمة إذا قصد بها الوصول إلى الحق، كالاستشهاد بشاهدي زور على من أنكر ديناً واجباً عليه، أو طلاقاً وقع منه، أو على المرأة كانت ناشزة في وقت ادّعت كذباً أنها لم تأخذ نفقتها فيه، أو على موت مورث مات ولا علم لهما بموته، وكأن يكون لك على رجل دين وله عندك وديعة فيجحد الدين، فتجحد أنت الوديعة لتحمله على الإقرار بالدين وهذا النوع جائز عند من يجيز مسألة الظفر[4] فيقولون أنه يأثم على الوسيلة دون الغاية[5].

---

(١) رواه الحاكم وصححه، وقال هو على شرط مسلم، انظر المستدرك: ١٨٣/٤، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠ – ١٤١١، تحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، ورواه أيضا أحمد في المسند والبيهقي، وأخرجه البخاري في الأدب المفرد بسند حسن كلهم عن أبي هريرة.

(٢) وهو ما ذكره صاحب أصول التشريع، ص٣٦٤، روي عن أبي حنيفة أنه جاءه رجل وقال أدركني قبل الفجر وإلا طلقت امرأتي، قال: وما ذاك؟ قال: إن امرأتي تركت الليلة كلامي فقلت لها: إن طلع الفجر ولم تكلمني فأنت طالق ثلاثاً، وقد توسلت إليها بكل أمر أن تكلمني فلم تفعل فقال أبو حنيفة: اذهب فمر المؤذن أن ينزل فيؤذن قبل الفجر، فلعلها إذا سمعته أن تكلمك، واذهب إليها فناشدها أن تكلمك قبل أن يؤذن، ففعل الرجل وجعل يناشدها، وأذن المؤذن فقالت: طلع الفجر وتخلصت منك فقال:بل كلمتني قبل الفجر وتخلصت من اليمين!.

(٣) مقاصد الشريعة، الطاهر بن عاشور، ص ١١٠، والحيل الفقهية في المعاملات المالية، محمد بن إبراهيم، ص ٥٩

(٤) ومنعها قوم بالكلية، وتوسط آخرون فقالوا:إن كان سبب الحق ظاهراً كالزوجية والأبوة والبنوة وملك اليمين الموجب للإنفاق، فله أن يأخذ قدر حقه من غير إعلامه، وإن لم يكن ظاهرا كالقرض وثمن المبيع ونحو ذلك لم يكن له الأخذ إلا بإعلامه وهذا أعدل القول في المسألة، انظر: الحيل الفقهية ص ٢٢٢ وإعلام الموقعين: ٢٦/٤.

(٥) أصول التشريع، علي حسب الله ص٣٦٦، ونظرية المصلحة. حسين حامد حسان. (القاهرة: مكتبة المتنبي. ١٩٨١ م)، ص ٢٧٥-٢٧٦

ومـــا يأثم المكلف إلا على فعله المحرم، وإذا أجزنا ذلك فتح أمامنا باب لا يسد وتعطلـــت مهمة القضاء لأنه المكلف برد الحقوق إلى أصحابها وهذا مناقض لسد الذرائع الذي قال به المالكية.

والتصـــرفات المشـــروعة في ذاتها إذا قصد بها الوصول إلى محرم فهذا محل النزاع.

فقـد حـــرمها الحنابلة والمالكية، وأجازها غيرهم؛ كالإمام الشافعي الذي يجيز بعض الحيل ويصححها، مثل بيع العينة[١] الذي يقول بصحته ظاهراً بناء على عدم اعتـــبار القصـــود فـــي المعاملات وجرياً على ظاهر عقود المسلمين لسلامتها من المكر والخداع[٢].

وألـــف أبـــو حـــاتم القزويني الشافعي كتاباً في الحيل وقبله أبو بكر الصيرفي الشافعي أيضاً وأبو الحسن بن سراقة العامري[٣].

وإن كان الإمام ابن القيم ينكر عنه إجازة الحيل المحرمة مع فضله ومكانته[٤] وهـــي مـــن الأمـــور الظاهرة في فقه أبي حنيفة، وباباً واسعا من أبواب الفقه في مذهبه[٥].

والحقـــيقة أن الغايـــة لا تبرر الوسيلة كما هو الحال في مذهب الميكافليين، وهو مبني على نظرتهم الماديـــة للحـــياة، أمـــا المقرر في الشريعة الإسلامية فهو أن الغاية تتبع الوسيلة والعكس. انظـــر: (الوســـائل وأحكامها في الشريعة الإسلامية). عبد الله توهامي، مجلة البيان، العدد١٠٦،١٩٩٦ م – ١٤١٧ هـــ السنة ١١، ص ٢١

(١) ذكـــر الخصاف صوراً لبيع العينة الجائزة، منها ما أباحه الشافعي بناء على صحة ظاهر العقد وهي: أن يكـــون للـــرجل الـــذي يطلب المعاملة (أي السلف) ضيعة أو دارا، فيبيعها من التاجر بالمال الذي يحـــتاج إلـــيه، فيقبضها التاجر ثم يبيعها إياه ويربح عليه في ذلك مما يتراضيان عليه من الربح فهو جائـــز، وإن كان له متاع فاشترى ذلك منه التاجر فقبضه ثم باعه إياه فلا بأس. انظر: الحيل الفقهية ص١٣٧ -١٣٨.

(٢) أعلام الموقعين. ابن القيم،٣/٣٥١

(٣) الحيل الفقهية. محمد بن إبراهيم. ص٣٨.

(٤) أعلام الموقعين. المرجع السابق: ٣/٢١٨

(٥) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص: ٤٠٦.

أما الحنابلة فقد قالوا ببطلان الحيل، فقد صنف الشيخ تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية رحمه الله كتاباً بناه على بطلان نكاح المحلل وأدرج فيه جميع قواعد الحيل وبيــن بطلانها(١) وسلك مسلكه صاحبه شمس الدين محمد بن قيم الجوزية في كتابه أعلام الموقعين، فشن الغارة على الحيل وأهلها وحذا بذلك حذو شيخه(٢).

وقــال موفــق الدين في المغني: " والحيل كلها محرمة لا تجوز في شيء من الدين وهي أن يظهر اعتقاد مباح يريد به محرماً مخادعةً "(٣).

ويقــول ابــن القــيم:"وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة؛ فإن الشــارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة، فأيــن مــن يمــنع مــن الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه"(٤).

فيتبيــن من هذه الأقوال أن الحيل منكرة عند الحنابلة، باطلة في غالبيتها، إلا بعضها وقد ذكر ابن القيم منها ١١٧ حيلة(٥).

أمــا المالكــية، فهــم أشد إنكاراً للحيل من الحنابلة، إذ عندهم أن الشرط المتقدم كالمقارن، والشرط العرفي كاللفظي والقصود في العقود معتبرة، والذرائع يجب سدها والتغرير الفعلي كالتغرير القولي، وهذه الأصول تسد باب الحيل سداً محكماً(٦).

---

(١) مجموع الفتاوي، ابن تيمية، مكتبة المعارف، ٣٢/١٦٢-١٦٣.

(٢) أعلام الموقعين ابن القيم: ٣/١٧١

(٣) ابن قدامة المقدسي: ١/١٣٨

(٤) أعلام الموقعين. ابن القيم، ٣/١٥٩

(٥) المرجع نفسه: ٣/٣٣٥-٤٠٢، و ٤/٠٣-٤٧

(٦) انظــر رأي المالكــية وتطبــيقاتهم لهذا الأصل في الموافقات: ٢/٣٨٩ وما بعدها، وقد ميز الشاطبي رحمه الله بين نوعين من الحيل:
الأول: ما هدم أصلا من الأصول الأخلاقية، أو ناقض مصلحة مقصودة أي أصبح مخالفاً المقصود من المحافظــة علــى القــيم الضــرورية، وهذا النوع مرفوض تماما لأنه يتبع الهوى الشخصي ويخالف القانون الأخلاقي.
الثاني: ما لا يهدم أصلاً أخلاقياً، ولا يناقض القيم الخمس الضرورية فهذا النوع مقبول بإطلاق.
فــإن لــم تكن تابعة للنوع الأول ولا الثاني فهذه هي التي تثير الاختلاف والجدل وحسمها يتوقف على موقــف المجــتهد منها، فما يغلب على ظنه أنه لا يحقق مصلحة شرعية بل يهدم أصلا معتبرا ألحقه بالقســم الأول، ومــا غلبت لديه مصلحته على مفسدته ألحقه بالقسم الثاني. القيم الضرورية ومقاصد التشريع الإسلامي ص:١٢٥-١٢٦.

فكـــان معـــتمدهم في ذلك مراعاة المقاصد والنيات في التصرفات وعدم جواز الاخلال بها، والنظر في المقصد والغاية والمآل قبل الوسيلة، وعلى ذلك بنى الإمام الشاطبي نظريته في المآلات.

المطلب الثالث
علاقة قاعدة منع التحيل بالمقصد والمآل

يعتـــبر مذهب المالكية من أكثر المذاهب توسعا في القول بسد الذرائع مراعاة للمقاصـــد، فكـــان من الطبيعي أن يقولوا بمنع التحيل سواءً كان بفعل مشروع أو غـــير مشـــروع، وهـــذا ما استفدناه من تعريف الشاطبي للحيلة في قوله: "التحيل بوجـــه سائغ مشروع في الظاهر، أو غير سائغ على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخـــر بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الواسطة، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود مع العلم بكونها لم تشرع له. ."(١).

فهو يدخل الفعل غير المشروع في باب الحيل إذا كان يفضي إلى المفسدة، أو وسيلة إلى إسقاط الحكم، ومناقضة لمقصود الشارع.

وهـــذا يؤكـــده قوله في مكان آخر:". . إن كان العمل مسلوباً من الحكمة التي روعيـــت فـــي ســـببه كـــان فعلـــه خلياً عن الحكمة التي لأجلها جعل مسبباً على سببه"(٢).

ويُعَبِّر عن ذلك الشيخ الطاهر بن عاشور" إن التحيل يُفضوِّت المقصد الشرعي كله أو بعضه"(٣).

---

(١) الموافقات، الشاطبي: ٣٧٨/٢، بتعليق دراز.
(٢) المصدر نفسه، ص:٣٣٣.
(٣) مقاصد الشريعة، الطاهر بن عاشور، ص:١١٢.

مــثال: من وهب ماله قبل مضي الحول بيوم لئلا يعطي زكاته واسترجعه من الموهــوب له من غد، فأصل الهبة على الجواز ومآلها المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة.

مــثال آخــر: لــبس الخف لإسقاط غسل الرجلين في الوضوء فهو ينتقل إلى المسح(١).

ونجــد الإمام الشاطبي يذكر قاعدة التحيل ضمن أصل النظر في مآلات الأفعال، ويســانده فــي ذلك علال الفاسي قائلاً:" إن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهره الجــواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر(٢)، فمآل العمل فيها خرم لقواعد الشريعة في الواقع "(٣).

هــل هــذا يعني أن التحيل على الأحكام الشرعية باطل على الجملة نظراً إلى المآل؟!

يجيــب عــن ذلك الإمام الشاطبي فيقول:"لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة،كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة، وإنما يبطل منها ماكان مضــاداً لقصــد الشــارع خاصــة وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام، ويقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة"(٤).

ويقــول في موضع آخر مبيناً ارتباط منع التحيل بالمقصد الشرعي ومعارضته لأصــل شرعي"الحيل التي تقدم إبطالها وذمها، والنهي عنها، ما هدم أصلاً شرعياً ونــاقض مصلحة شرعية، فإن فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً ولا تناقض

---

(١) الموافقات المصدر السابق، ٢٠١/٤ ويضيف هنا الإمام الشاطبي شرطاً:بأن يقصد ذلك.

(٢) وهــذا ما يفعله بعض المحامين في زماننا، فتجدهم يحتالون لتخليص المجرم بحيل قانونية ويعد ذلك من نفوذه وسعة حيلته فيسهل على الناس إبطال حقوق غيرهم فهذا يعد من ضعف الذمم، فكيف بمن يفعل ذلك في أحكام الدين؟! انظر معنى ذلك في: تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص:٢٨٠.

(٣) مقاصد الشريعة ومكارمها، علال الفاسي، ص: ١٥٧.

(٤) الموافقات، الشاطبي، بتعليق دراز، ٣٣٧/٢.

مصـــلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخلة في النهي.."[1] وإنما الخلاف وقع في أمر آخر[2].

مــن خـــلال هـــذا الكلام يحدث تقارب بين الذريعة والحيلة فهل هما واحد أم مختلفان؟

المطلب الرابع

الفرق بين الذريعة والحيلة

هــناك تشابه قوي بين الذريعة والحيلة، لكن يمكن ملاحظة الفرق بينهما فيما يلي:

أن الأولـــى لا يلـــزم أن تكـــون مقصودة والحيلة لابد من قصدها للتخلص من المحـــرم، ثم إن الحيلة تجري في العقود خاصة بينما الذريعة تعم العقود وغيرها، وتشمل الأفعال والتروك[3].

هــذا ويمكنـــنا أن نخلـــص إلى الأسس التي بنى عليها الإمام الشاطبي بطلان التحيل وهي من الأصول الكلية والقواعد القطعية المتمثلة في[4]:

١- مخالفـــة قصد المتحيل لقصد الشارع، كما في نكاح التحيل، والاعتبار في هـــذا النكاح بنية الزوج، قال مالك في الموازية[5] والعتبية[6] لا يجوز أن يتزوجها علمت هي وزوجها الأول أم لا؟ فإن لم ينو الزوج الثاني التحليل فهو جائز وإن علمت المرأة التحليل[7].

---

(١) المصدر السابق، ص: ٣٨٧

(٢) وهو تحقيق المناط. انظر الموافقات مع تعليقات دراز: ٤/٢٠٢..

(٣) انظر مقاصد الشريعة ومكارمها، علال الفاسي، ص:١٥٧.

(٤) نظرية المصلحة، حسين حامد حسان، ص: ٢٧٨-٢٧٩.

(٥) الموازية نسبة لابن المواز.

(٦) العتبية نسبة للعتبي، وتسمى المستخرجة كذلك.

(٧) شرح الزرقاني على الموطأ، الزرقاني، محمد بن عبد الباقي يوسف، ط:١ بيروت: دار الكتب العلمية ١٤١١هـــ -١٩٨٠، ٢٩٩/٣، وموســوعة الفقه المالكي، خالد عبد الرحمن العك، ط: ١، دمشق:

وهذا خلاف ما عند الحنفية الذين يقولون بانعقاد النكاح مع الكراهة[1].

٢- التحـيل بـالفعل الجائـز إلـى المفسدة داخل تحت نظرية اعتبار المآل، كالواهب ماله فراراً من الزكاة.

٣- عدم جواز التحيل لإسقاط حكم السبب بفعل شرط أو تركه كتوافر النصاب في الزكاة.

٤- انعـدام الإرادة في العقد المتحيل به، فالإرادة هي العامل الأول في تكوين العقود، وأن اللفظ معبر عن هذه الإرادة كاشف عنها، فإن لم تكن الألفاظ مطابقـة مع النية والمقصد ومرمى العاقد من العقد لا ينشأ منها عقد ولا يناط بها حكم[2].

وهـنا يظهـر الفـرق بين الهازل والمتحيل فالأول قاصد اللفظ وإن قصد غير معناه والثاني قاصد خلاف اللفظ[3].

٥- الشرط المنافي لمقتضى العقد، وهذا محقق في جميع العقود المقصود بها التحيل وليس تحقيق أو ترتيب آثارها عليها.

٦- الاستقراء من نصوص الشريعة الواردة في تحريم الحيل.

دار الحكمة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م، ٦٧٤/١، والكافي، ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، ط:٢ ت: محمد أحيد الرياض: مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، ٥٣٣/٢.

(١) تبين الحقائق. الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي، ط:٢ دار الكتاب الإسلامي، ٢٥٩/٢، حاشية سعد الله بن عيسى على الهداية بهامش شرح فتح القدير:١٨٥/٤

(٢) الملكـية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، القاهرة: دار الفكـر العربي، ص:٢١٨-٢١٩.

(٣) الموافقات، الشاطبي، ت: دراز، ٢١٦/١، و ٣٣٠/٢.

خلاصة:

فـــي الأخـــير نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعنى بالشكل وبالمظهر فقط وإهمـــال بواطن وأسرار الأشياء، بل تحرص أشد الحرص على أن تكون استجابة أوامـــرها والامتناع عن نواهيها عملاً للظاهر والباطن يحيا فيه جسم العمل بروحه ويلتقـــي فيه شكله وموضوعه، ويتفق معناه وصورته، ولا تستخفي فيها المعاني تحـــت ســـتار الألفـــاظ المـــبهمة، لذلك كان حراماً أن يتحايل الناس على أحكامها لينفلـــتوا مـــن قيودها[١]، فإن وقع في ذلك كان سعيا في دين الله بالفساد لإبطاله حكمة الشارع ونقضه لحكمه الذي احتال عليه[٢].

المبحث الثاني

قاعدة الأخذ بالأحوط

إن الاحتـــياط باب واسع يدخل في سائر العبادات والمعاملات، ولا يصلح ذلك إلا لمن استقامت أحواله كلها في الورع والتقوى[٣].

---

(١) "الـــتحايل فـــي الأحكـــام الشـــرعية ". زكريا البري، لواء الإسلام السنة:١٥ العدد:٧، ١٣١٨ هـ – ١٩٦١ م المجلد: ١٥، ص:٤٠٧.

(٢) حتى أن بعض القوانين الوضعية أحدثت إصلاحات تشريعية موافقة لمذهب الفقهاء المسلمين القائلين بتحريم التحيل كما حدث في لبنان فمن الحيل المعروفة عندهم جواز أن يبدل الرجل دينه احتيالاً على القـــانون وتهرباً من تطبيق نظام الأحوال الشخصية الذي يخضع له،كأن يعتنق الإسلام بقصد التهرب من دفع النفقة لزوجته أو العكس، لكن القانون في لبنان سد الذريعة الموصلة إلى هذا التحايل، فنص علـــى أن القاضـــي المخـــتص بالنظر في القضايا الزوجية هو قاضي السلطة التي عقد لديها الزواج. انظر: فلسفة التشريع. صبحي محمصاني. (بيروت:دار العلم ١٩٨٠ م)، ص: ٢٥٢-٢٥٣.

(٣) القواعد الفقهية، أحمد علي الندوي، ص ٢٧٦.

المطلب الأول
تعريفها وحكم العمل بها

الفرع الأول: تعريفها

لُغَةً: الأحوط من فعل احتاط احتياطا، هو فعل ما يتمكن به من إزالة الشك.

وقيل: استعمال ما فيه الحياطة أي الحفظ.

وقيل: هو الأخذ بالأوثق من جميع الجهات ومنه قولهم)افعل الأحوط) يعني أفعل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويل[1].

أما اصطلاحاً: فلم أجد تعريفا محددا لهذه القاعدة، بحيث نجد العلماء يأخذون بها في التطبيقات والنوازل دون تعريفها، ومن هؤلاء الإمام القرافي، حيث تكلم عن هذه القاعدة وترجم لها في القاعدة ١٤٦ ب (بالأخذ بالأحوط رعاية المصالح)[2] ومثل لها دون تعريفها وكأن معناها واضح ولا يختلف عن المعنى اللغوي في الأخذ بالأوثق لئلا يوقع في المكروه.

و من مجموع كلامه رحمه الله يمكننا أن نستنتج تعريفا فنقول: "الأخذ بالأحوط هو التورع والاحتراز في الأخذ بالصفات والملابسات الملازمة للوقائع التي يطلب فيها الحكم وإبعاد الوهم والظن إلى اليقين حتى لا يقع المجتهد في الخطر".

وعرفه ابن حزم الظاهري فقال:" الاحتياط، طلب السلامة في الدين طبعا"[3] فهو يجعله من الورع ويعرفه:" الورع تجنب ما لا يظهر فيه ما يوجب اجتنابه

(١) الكليات: الكفوي، ص:٥٦
(٢) الفروق، القرافي، ٤/٣٣، ٦٤، ٧٢.
(٣) الأحكام، ابن الحزم، ٤٥/١

خوفاً أن يكون ذلك فيه "[١]، وقال الطاهر بن عاشور: "الورع طلب حصول اليقين مما نحن مكلفون فيه بالظن "[٢].

وتكلم الإمام العز بن عبد السلام عن الاحتياط، وجعله وسيلة جلب لمصالح أو درء المفاسد وجعله ضربين:

أحدهما: ما يندب إليه ويعبر عنه بالورع.

ثانيهما: ما يجب من الاحتياط لكونه وسيلة إلى تحصيل ما تحقق تحريمه[٣] وقد ذكر الشيخ الطاهر بن عاشور إن هذه القاعدة هي ما يسمى في أصول الفقه بقاعدة " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"[٤].

الفرع الثاني: حكم العمل بهذه القاعدة: سئل ابن رشد عمن يشتغل بطرف من العلم إذا وجد في كتب الفقه خلافا في مسألة بين العلماء والأصحاب هل يجوز له أن يعمل على قول من أراد منهم؟ أو يجب عليه استفتاء عالم البلد؟.

فأجاب: إذا كان ذلك الكتاب مشهورا بين الناس معروفا لبعض أرباب المذاهب جاز أن يعتمد على ما يذكر فيه، إذا لم يكن محتملا للتعليق على شرط وقيد آخر ينفرد بمعرفته المفتي لم يجز له الاعتماد عليه، والأولى الاحتياط بالخروج من الخلاف بالتزام الأشد، الأقوى والأحوط، فان من عز عليه دينه تورع ومن هان عليه دينه تبرع.[٥]

فكلام ابن رشد يحمل في طياته أموراً كثيرةً منها:

---

(١) المرجع السابق ١/٤٥

(٢) مقاصد الشريعة، ص:١١٩

(٣) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام، ٢/١٥،١٤.

(٤) مقاصد الشريعة، الطاهر بن عاشور، ص:١١٨

(٥) فتاوى ابن رشد ابن رشد الجد، ط:١ت: المختار بن الطاهر التليلي بيروت: دار الغرب الاسلامي، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م، ص:١٦٢١-١٦٢٢

١- الأخذ بالأحوط وهو الأخذ بالأقوى.

٢- من الاحتياط الخروج عن الخلاف أو مراعاته.

٣- أن من الورع في الدين العمل بالأحوط.

٤- الأخذ بالأحوط حجة عند المالكية، يجوز العمل به بل يجب في مواضعه.

٥- أن من عادة الشرع أنه يحتاط لدرء المفاسد وجلب المصالح لذلك نجد جميع المذاهب تأخذ بقاعدة "الأخذ بالأحوط" متى لزم ذلك، من هؤلاء الحنفية(١) والشافعية(٢) والحنابلة(٣) والمالكية(٤) وهو مذهب ابن عمر(٥)، نستثني من ذلك ابن حزم حيث يعيب على المالكية أخذهم بالاحتياط ويبين انه لا يحل لأحد أن يحتاط في الدين فيحرم ما لم يحرمه الله تعالى، لأنه حكم بالظن، فيقول: " كل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن أمره فقد حكم بالظن، وإذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل، وهذا لا يحل وهو حكم بالهوى وتجنب للحق نعوذ بالله من كل مذهب أدى إلى هذه"(٦).

---

(١) المبسوط،السرخسي: ١/٤، و ٥/١٠٠
(٢) قواعد الأحكام. العز بن عبد السلام ٢/١٨،١٤
(٣) المغني، ابن قدامه ٣/٦،٤.
(٤) في جميع كتبهم الفقهية تقريبا.
(٥) التمهيد، ابن عبد البر، الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله، ت:سعيد أحمد أعراب: ١٤٠٤هـ ١٩٨ م ن ٢٤/٣٥٠ المجلد ١٤
(٦) الإحكام، ابن حزم، ٦/٧٥٥،٧٤٦.

المطلب الثاني

علاقة قاعدة " الأخذ بالأحوط " بالمقاصد

لمّـــا كـــان هذا الأصل يدفع كل مفسدة موهمة وفعل كل مصلحة موهمة كانت علاقـــته بالمقاصـــد قويـــة، لأن هـــذه جاءت لتحقيق مصالح العباد ودفع الضرر والمفاسد عنهم، مع ما ينبني على ذلك من رضا ربّ العالمين وضابط ذلك أن يدع المســـلم مجتهداً كان أو مفتياً ما يريبه، ومن باب ترك الشبهات، فقد ستبرأ لدينه وعرضه.

وأضـــاف العـــز بن عبد السلام قائلا ". . أن ذلك فيه تحقق براءة الذمة فإن كانـــت عـــند الله واجـــبة فقد حصل مصلحتها، وإن كانت مندوبة فقد حصل على مصلحة الندب وعلى ثواب نية الجواب "[١].

و"الشـــريعة الإســـلامية كمـــا منعت ما فيه الفساد ابتداء، كذلك منعت ما فيه الفساد نهاية "[٢] سواء بسد الذرائع أو مراعاة الخلاف أو الأخذ بالأحوط.

كما تدخل قاعدة الأخذ بالأحوط فيما سماه الإمام الشاطبي " بقصد الشارع إلى الـــنظر فـــي مآلات الأفعال سواء كانت موافقة أو مخالفة، ... وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة"[٣].

والشرع يحتاط لدرء مفاسد الكراهية والتحريم كما يحتاط لجلب مصالح الندب والإيجاب وهي مبنية على الظنون[٤].

(١) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام،٢/١٥.
(٢) مقاصد الشريعة ومكارمها، علال الفاسي، ص: ١٥٤.
(٣) الموافقات، الشاطبي، ت: دراز ٤/١٩٥.
(٤) مقاصد الشريعة ومكارمها، علال الفاسي، ص: ١٥٩.

المطلب الثالث

علاقة قاعدة " الأخذ بالأحوط" بقواعد أخرى

هذه القاعدة لها ارتباط وثيق بقواعد فقهية أخرى منها:

الفرع الأول: قاعدة " الأصل في الأبضاع التحريم "

وهـــذا من باب الاحتياط، لأن الأبضاع يحتاط لها، والشرع يحتاط في الخروج مـــن الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة[١]، لذلك أوجب المالكية الطلاق بالكنايات وإن بعدت ولم يجيزوا النكاح إلا بلفظه أو بما يقرب منه في هذا المعنى، وجوزوا البيع بكل ما دلّ على الرضا من قول أو فعل، لأن الأصل فيه الإباحة حتى يملك، وإذا اختلطت زوجة بنساء واشتبهت لم يجز لزوجها وطء واحدة منهن بالاجتهاد بلا خلاف، سواء كن محصورات أو لا، لأن الأصل التحريم، والأبضاع يحتاط لها، والاجتهاد خلاف الاحتياط[٢].

الفرع الثاني: قاعدة جعل المعدوم كالموجود احتياطاً

كالمقتول تورث عنه الدية، وإنما تجب بموته، ولا تورث عنه إلا بعد دخولها في ملكه، فيقدر دخولها قبل موته[٣].

---

(١) الفروق، القرافي، ٤/٣٥
(٢) القواعد الفقهية، الندوي، ص ١١٤.
(٣) المدخـــل إلـــى مذهب أحمد بن حنبل، ابن بدران الدمشقي، ط ٢ بيروت: مؤسسة الرسالة ١٤٠١هـــ ١٩٨١م ص٢٩٨، وشرح الكوكب المنير، ابن لنجار ٤/٤٥٣.

المطلب الرابع

تقديم ما يقتضي الاحتياط في الترجيحات وتطبيقاتها

الفرع الأول: تقديم ما يقتضي الاحتياط في الترجيحات:

الترجيح في الألفاظ أو في النصوص أو ترجيح بعض الأقيسة المتعارضة على بعض يتم بأنواع عديدة منها " تقديم ما يقتضي الاحتياط خاصة فيما وضعه الشارع على الاحتياط؛ كالإرضاع والدماء، وأما حيل الصيود، فلا فإن الأصل فيها الإباحة، وإن كان الورع فيها الاحتياط[١].

ويستعمل المالكية هذا النوع من الترجيح خاصة فيما أحدث ضرراً، يذكر الإمام الشاطبي[٢] في حالة (استعمال الحق إذا ترتب عليه ضرر خاص غير مقصود، ولكن يكثر وقوعه بسبب هذا الاستعمال ولا يغلب على الظن فإن مالكاً يمنعه إمعاناً منه في الاحتياط لدرء المفاسد في حين أنه لم يقم دليل على العلم بلزوم هذا الضرر ولا على الظن الغالب حتى يعتبر العلم أو الظن مظنة لقصد الأضرار كما لم يقم دليل على تقصيره أو إهماله بداهة ولذلك لم يأخذ بالمنع الشافعية والحنفية)[٣]، كما ذكر الخطيب البغدادي هذا النوع من الترجيح في تعارض العلتين فالتي تقتضي الاحتياط تكون أولى لأنها أسلم في الموجب[٤].

الفرع الثاني: تطبيقاتها

لعل المذهب المالكي هو أكثر الذاهب مراعاة لقاعدة الأخذ بالأحوط؛ تجنبا للوقوع في الحرام، وسدا للذرائع، وكتبهم غنية بالأمثلة على ذلك، منها في

---

(١) المنخول من تعليقات الأصول، لأبي حامد الغزالي، ط/ ٢ تحقيق محمد حسن هيتو، دمشق: دار الفكر ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م ص: ٤٤٨.

(٢) الموافقات، الشاطبي: ٢/٣٦١ المسألة الخامسة.

(٣) نظرية التعسف في استعمال الحق، فتحي الدريني، ص٦٨.

(٤) التمهيد، ابن عبد البر، ٢٤/٣٥٠، المجلد: ١٤.

الصـــلاة، قال ابن عبد البر مثل قوله: يتمادى ويعيد ويسجد سجدتي السهو، وهو خلاف ما أمر الله به من الخمس صلوات[1] وهذه بعض التطبيقات على ذلك:

المثال الأول: مباشرة الحائض وهي متزرة

اخـــتلف الفقهـــاء فـــي مباشـــرة الحـــائض، وما يستباح منها، فقال مالك[2] والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة[3] وأبو يوسف يباح منها ما فوق المئزر.

ومن حجة هؤلاء: ما رواه زيد بن أسلم: " أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ- " ما يحـــل لـــي مـــن امرأتي وهي حائض؟ فقال: لتشد إزارها، ثم شأنك[4] بأعلاها"[5] وحديـــث مـــيمونة وأم سلمة وعائشة رضي الله عنهن جميعا أن رسول الله ﷺ لم يكـــن يُباشـــر امرأة من نسائه، وهي حائض إلا وهي متزرة، وهو المبين عن الله مراده قولاً وعملاً ﷺ.

قـــال أبو عمر: يُحتمل أن يكون قوله ﷺ بمباشرة الحائض وهي متزرة على الاحتـــياط، والقطـــع للذريعـــة ولو أنه أباح فخذها كان ذلك ذريعة الى موضع الدم المحرم بإجماع، فنهى عن ذلك احتياطا، والمحرم بعينه موضع الأذى، ويشهد لهذا ظاهر القرآن وإجماع معاني الآثار لئلا يتضاد.[6]

---

(١) المدونة الكبرى ٤٩/١ وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه المتقدمين والمتأخرين من البغداديين.

(٢) الأم، الشافعي، دار الشعب ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨م

(٣) شـــرح العـــناية علـــى الهداية على هامش فتح القدير، البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، ط:٢ بيروت: دار الفكر، ١٦٨/١.

(٤) قال الزرقاني في شرحه على الموطأ: بالنصب أي بدونك، ١٦٨/١

(٥) أخـــرجه مالك في الموطأ: باب ما يحل من امرأته وهي حائض رواه عن زيد بن أسلم انظر: المنتقى، الباجـــي (١١٦/١) وقـــال الباجـــي "وإن كان السؤال عاما فهو خاص بالاستمتاع بالوطء لأنه إذا وقع الســـؤال علـــى عيـــن مـــن الأعـــيان انصرف بالعرف والعادة إلى المنافع المقصود، وهو من المرأة الاستمتاع والوطء. المنتقى: ١١٦/١، ١١٧.

(٦) التمهيد. ابن عبد البر، ١٧٤/٣

وبه قال الباجي في المنتقى وعمدته الأخذ الأحوط، وهو الأنسب لأن المعهود من حال الزوج أنه إذا خلا بالزوجة نزى عليها[1].

المثال الثاني: تأجيل العنين[2] سنة

اختلف العلماء في تأجيل العنين، فذهب الأحناف والمالكية والحنابلة والشافعية بتأجيله سنة، يخلى فإن مضت السنة ولم يصل إليها علم أن الآفة في أصل الخلقة ولهذا قالوا يقدر بسنة شمسية أخذاً بالاحتياط وابتداء التأجيل من وقت الخصومة[3].

المثال الثالث: إفطار يوم الشك:

إن صومه على أن يكون من رمضان هل يجزىء ذلك لا يصام على الاحتياط خوفاً أن يكون من رمضان، ويجوز صومه تطوعاً: لكن إن ثبت أنه من رمضان لم يجزئه وكان عليه قضاؤه[4].

وقال الشافعي: لا يجب صوم رمضان حتى يستيقن بدخوله، ولا يصام يوم الشك على أنه من رمضان[5].

وذهب أبوحنيفة وأبو يوسف ومحمد أنه يجزئه، وليس عليه القضاء[6]قال أبوعمر ابن عبد البر: القول الأول أصح من جهة الأثر والنظر[7].

---

(١) المنتقى. الباجي، ١/١١٧.
(٢) العنين: هو العاجز عن الايلاج، وهو المأخوذ من عن أي: اعترض لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه، انظر: القاموس المحيط ٤/٢٤٥ مادة (عن) والقاموس الفقهي ص٢٦٣
(٣) المبسوط. السرخسي ٥/١٠٠.
(٤) التمهيد. ابن عبد البر ١٤/٣٤٢.
(٥) المهذب، الشيرازي، ١/١٨٠.
(٦) تبين الحقائق، الزيلعي، ١/٣١٧.
(٧) التمهيد، ابن عبد البر ٤/٣٤٦.

المثال الرابع: الإحرام للصلاة[1]

فمـــن أحرم قبل إمامه فهو كمن لم يحرم، ولا يكبر المأموم حتى يفرغ الإمام مـــن التكبـــير، فإن كبر قبله أعاد التكبير بعده، ولم يقطع بسلام ولا كلام وإن كبر المأموم للركوع وكان قد سها عن تكبيرة الإحرام مضى على صلاته مع إمامه في المشـــهور من مذهب مالك استحبابا، ثم أعاد الصلاة إيجابا واحتياطاً، والقياس أن يبتدئ الإحرام فيصلي ما أدرك ويقضي ما فات[2] لقوله ﷺ" ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا "[3] وجاء في شرح منح الجليل: " و (إن لم ينوه) أي الإحرام بطلت صـــلاته لتركه ركن تكبيرة الاحرام و (تمادى) وجوبا (المأموم فقط) أي دون الفذ والإمـــام العاجزيـــن عـــن الفاتحـــة على صلاة باطلة على المعتمد احتياطاً لحرمة الصـــلاة ولحـــق الإمـــام مراعاة لمن يرى صحتها لحمل الإمام تكبيرة الإحرام عن مأمومه ولا فرق بين الجمعة وغيرها "[4].

فكان الواجب الاستئناف والأحوط اتباع الإمام لحقه ولحرمة الصلاة.

المثال الخامس: ترك البيع يوم الجمعة بعد التأذين الأول

روى ابـــن نافع عن مالك، قال: لا بأس بالبيع والشراء بعد التأذين الأول من يـــوم الجمعـــة، لأنـــه إنما كان تأذينين فزيد الثالث، وإنما يكره البيع والشراء بعد التأذين الذي بعد قعود الإمام[5].

وقـــال ابن القاسم مثله وزاد: فأما التأذين الأول، فلا أرى به بأساً إلا أن يترك احتـــياطاً، قـــال ابن القاسم: سألت مالكاً غير مرة، فقال: إنما هو التأذين الذي هو

---

(١) الكافي، ابن عبد البر، ١/٢٠٠، ١٩٩.
(٢) موسوعة الفقه المالكي. العك، ١/٤١٥.
(٣) الحديث أورده ابن تيمية في منتهى الأخبار بروايتين: الأولى: عن أبي قتادة.
(٤) شرح منح الجليل، عليش ١/٢٣٤.
(٥) الكافي، ابن عبد البر ١/٢٧٨، ٢٥٣، وموسوعة الفقه المالكي، العك، ١/٤٤٠.

بعد قعود الإمام وهو في سائر النهار قبل وبعد جائز(١).

المثال السادس: إذا سقطت في الماء نجاسة ولم تغيره:(٢)

فإن سقطت في الماء نجاسة، أو مات فيه حيوان فلم يتغير لونه ولا طعمه ولا ريحه، فهو طاهر مطهر، وسواء كان الماء قليلاً أو كثيراً عند المدنيين، واستحب بعضهم أن ينزح من ذلك الماء إن كان في بئر أو نحوها دلاء لتطييب النفس عليه ولا يجدون في الدلاء حداً لا يتعدى ويكرهون استعمال ذلك الماء قبل نزح الدلاء، فإن استعمله أحد في غسل أو وضوء جاز إذا كان حاله ما وصفنا، وقد كان بعض أصحاب مالك يرى لمن توضأ بهذا الماء وإن لم يتغير أن يتيمم فيجمع بين الطهارتين احتياطاً، فإن لم يفعل وصلى بذلك الوضوء أجزأه(٣) ولم يجعل الإمام مالك ولا أحد من أصحابه حدا للنزح غير أنه كلما كثر النزح كان أحب وأولى وأبلغ وأحوط(٤).

المثال السابع: في حالة وجود الماء بعد فقدانه:

من تيمم بعد طلب الماء، وعدمه ثم جاء الماء قبل دخوله في الصلاة بطل تيممه، فإن افتتح الصلاة ثم طلع عليه الماء، فلا يقطع صلاته، ويتمادى فيها ولا شيء عليه، إلا أنه يستأنف الوضوء لما يستقبل من صلواته(٥).

وقد قيل: يقطع ما هو فيه من صلاة فيتوضأ بالماء، ويستأنف صلاته لأنه لا يجوز له أن يبتدئها بالتيمم وهو واجد ماء، كالمعتدة بالشهور يظهر بها الدم، ولا يجوز لها أن تعتد بما مضى من الشهور وتستأنف عدتها بالحيض(٦) وكان

(١) المدونة الكبرى، ١/١٤٣.
(٢) موسوعة الفقه المالكي، العك، ١/٥٦٤.
(٣) الكافي، ابن عبد البر، ١/١٥٩،١٥٥.
(٤) شرح منح الجليل، محمد عليش، ١/٢٣.
(٥) الموطأ، الإمام مالك، كتاب: الطهارة، باب ما جاء في التيمم، ص: ٤٧.
(٦) شرح الزرقاني، الزرقاني، ١/١٦٤.

سـحنون يميل إلى هذا وهو صحيح في النظر والاحتياط، والأول قول مالك وعليه أكثر أهل الحجاز.

المثال الثامن: فوت حج المحصر(١)

والإحصـار بمكـة وغيرها سواء لمن قصد البيت بعد أن أحرم، وفوات الحج بفـوت عـرفة، فمن وقف بعرفة على سنة الوقوف بها من بعد صلاة الظهر إلى طلـوع الفجر، أو أدرك الوقوف بها ليلاً ولو أقل ساعة قبل طلوع الفجر فلم يفته الحج، ومن لم يدرك شيئا من ذلك فقد فاته الحج.

وليس عليه ما بقي من مناسك الحج وهو عند مالك بالخيار إن شاء أقام على إحـرامه إلى قابل(٢)، فأتم حجه وأجزأه ولا شيء عليه، وإن شاء تحلل بعمرة ثم قضـى قـابلاً وأهـدى، والاختـيار أن يتحلل ولا يقيم على إحرامه إلى قابل، وقد استحب مالك إن بقي على إحرامه إلى قابل أن يهل(٣) أيضاً احتياطاً وإن أقام على إحـرامه ولم يتحلل منه حتى دخلت شهور الحج من قابل لم يجز له التحلل ولزمه المقام حتى يحج(٤).

وقريـبا من مذهب المالكية في أخذهم بالاحتياط مذهب الأحناف(٥)؛ حيث تكثر

---

(١) الكافي، ابن عبد البر، ١/٤٠٢،٣٩٩.
والمحصر: من الحصر، ومنه حصر فلان أي منع من الشيء؛ عجزا أو حياءً فهو حصور، والإحصار المنع من الوصول إلى المطلوب وهو المشهور وقال أهل اللغة: أن الإحصار إنما يكون بالمرض وأما بـالعدو فهو الحصر. شرعا: المنع من النسك ابتداء، أو دواما، كلا أو بعضا (البجيرمي) أو المنع من المضـي فـي أفعـال الحج سواءا كان بالعدو أو الحبس أو المرض (الجرجاني) وفي قول كثير من الصحابة: هو كل حابس حبس الحاج أو المعتمر من عدو ومرض وغير ذلك، انظر: القاموس الفقهي ص٩١ سعدي أو جيب.

(٢) قـابل: بعد الألف باء موحدة المسجد أو الجبل الذي عن يسارك من مسجد الحيف بمكة عن الأصبعي، انظـر: معجـم الـبلدان ياقوت الحموي، ط١ ت: فريد عبد العزيز الجندي بيروت: دار الكتب العلمية ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ٣٢٩/٤.

(٣) يهـل: أهـل الـرجال رفـع صوته ومنه أهل الملبي بالتلبية، عند العلماء: رفع الصوت بالتلبية عند الدخـول في الإحرام، قال ابن حجر، ثم أطلق على نفس الإحرام اعتسافا، انظر القاموس الفقهي ص: ٣٦٨.

(٤) موسوعة الفقه المالكي، العك ١/٣٣٥.

(٥) وأغلبية المسائل مخرجة على مذهب الحنفية.

فــي كتبهم الفقهية التطبيقات التي يحتاطون فيها من باب التورع والأخذ بالأوثق، وإن كان فيه زيادة مشقة وسأوضح ذلك بهذين المثالين:

المثال التاسع: الاختلاف في طهارة سؤر[1] الحمار:

الأصــل الــذي أشار إليه رسول الله – ﷺ– في الهرة موجود في الحمار لأنه يخالط الناس كما في الهرة، وهومما تعم به البلوى، فلا يحكم بنجاسته، وإن عملنا بالأصل فإننا نحكم بعدم طهارته، فيبقى مشكوكاً فيه وأدلة الشرع أمارات لا يجوز أن تكــون أحكــام الشارع مشكوكاً فيها، ولكن يحتاط فيه، فلا يجوز أن يتوضأ به حالــة الاختــيار، أو إن لم يجد غيره يجمع بينه وبين التيمم احتياطاً، فبأيهما بدأ أجــزأه إلا على قول زفر[2]: فإنه يقول: يبدأ بالوضوء فلا يعتبر تيممه مادام معه مــاء، فهــو مــأمور بالتوضــأ بــه، ولكنا نقول الاحتياط في الجمع بينهما لا في الترتيــب، فإن كان طاهراً فقد توضأ به قدم أو أخر، وإن كان نجساً ففرضه التيمم وقد أتى به.

ولا يقــال فــي هــذا تــرك الاحتياط من وجه؟ لأنه إن كان نجسا تتنجس به أعضــاؤه وهــذا لأن معنى الشك في طهارته لا في كونه طاهراً لأن الحدث يقين، فأمــا العضو والثوب فطاهر بيقين فلا يتنجس بالشك والحدث موجود بيقين فالشك وقع في طهارته و (اليقين لا يزال بالشك)[3] وهو الصحيح من المذهب[4].

---

(١) ســؤر: بقــية الشيء ويقال للشرير: أنه سؤر شر فعله: سأرا وهو فضلة الشرب من الفأرة وغيرها كالــريق من الإنسان وعند الفقهاء هو: الماء الذي لاقاه فم حيوان أو جسمه. انظر: القاموس الفقهي ص:١٦٢ والقاموس المحيط ٤٣/٢.

(٢) زفــر: بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، فقيه حنفي صاحب الإمام أبي حنيفة أصله من أصبهان كــان يقــول عند الإمام (هو أقيس أصحابي) جمع بين العلم والعبادة، تولى قضاء البصرة، وكان من أصــحاب الحديــث ثــم غلب عليه الرأي، قوى الحجة في المناظرة، من المجتهدين، نشر مذهب أبي حنيفة في البصرة ت ٧٥٨ هــ، انظر الأعيان ٧١/٢، الأعلام ٧٨/٣.

(٣) انظــر: هــذه القاعدة في كتب القواعد الفقهية كالقواعد الفقهية الكبرى، وما تفرع عنها ط: بن غانم السدلان، ص٩٧.

(٤) المبسوط: السرخسي، ٤٩/١.

المثال العاشر: التوضؤ بنبيذ[1] التمر عند عدم وجود الماء

ولا يتوضـــأ بشئ من الأشربة سوى الماء، إلا نبيذ التمر عند عدم الماء، ولو تيمم مع ذلك كان أحسن.

وفـــي الجامع الصغير قال: يتوضأ به ولا يتيمم، وقال محمد يجمع بينه وبين التـــيمم، وقال أبو يوسف: يتيمم ولا يتوضأ به وهو قول الشافعي – رحمه الله – واحـــتج أبو يوسف بقوله تعالى:﴿ فلم تجدوا ماءً فتيمموا ﴾ وخبر نبيذ التمر كان بمكـــة وآيـــة التـــيمم نزلـــت بالمدينة فانتسخ بها خبر نبيذ التمر لأن نسخ السنة بالكتاب جائز والقياس هكذا فإنه ليس بماء مطلق فلا يتوضأ به كسائر الأنبذة[2].

ترك أبو حنيفة هذا القياس بحديث ابن مسعود ﷺ أنه كان مع رسول الله ﷺ ليلة الجن فلما انصرف إليه عند الصباح قال: أمعك ماء يا ابن مسعود قال: لا، إلا نبيذ تمر في إداوة فقال: ثمرة طيبة وماء طهور وأخذه وتوضأ به.

وعـــن علـــي وابـــن عباس قال: نبيذ التمر طهور من لا يجد الماء، والقياس يـــترك بالسنة وبقول الصحابي إذا كا فقيها، أما الآية فتتناول حال عدم الماء وهذا مـــاء شرعا كما قال النبي – ﷺ– وإنما جمع بينهما[3] محمد بن الحسن رحمة الله علـــيه لأن الآيـــة توجب التيمم والخبر الذي يوجب التوضأ بالنبيذ، فيجمع بينهما احتـــياطاً، وإذا قلـــنا بالاحتـــياط في سؤر الحمار أنه يجمع بينه وبين التيمم فهنا أولى[4].

---

(١) نبـــيذ: النبيذ التمر يلقى في الآنية ويصب عليه الماء، انظر: مقاييس اللغة،٥/٣٨٠، القاموس الفقهي ص:٣٤٦.
(٢) المبسوط، السرخسي ١/٤٩.
(٣) المبسوط، السرخسي، ١/٨٨..
(٤) المبسوط، السرخسي ١/٨٨.

الخلاصة:

نخلـص فـي الأخير إلى أنه اتضح من خلال البحث في قاعدة الأخذ بالأحوط مايلي:

١- أن معناها التورع، والاحتياط للدين ومن خطورة الوقوع في الحرام.

٢- أن الاحتياط واجب في الشبهات.

٣- أن المالكـية يحتاطون كثيراً في العبادات، وقد رأينا أن معظم التطبيقات جـاءت فـي جانب التعبد، وهو مجال لا يسمحون فيه بالخطأ فيحتاطون لذلك.

٤- أن الاحتـياط عـند الحنفـية يخـتلف عنه عند المالكية، فهو من باب الاستحسـان عـند الأوائل وقاعدة قائمة بذاتها عند الآخرين، لها علاقة وطـيدة بحماية مقاصد الشارع والحفاظ على أهم مصلحة ضرورية وهي حفظ الدين.

٥- أن فـي الأخـذ بالاحتـياط زيـادة في العبادة، لكنها مقبولة وأفضل من الإنقاص.

المراجع:

١ - أبجـد العلـوم، صديق بن حسن القنوجي، دار الكـتب العلمية، بيروت، ١٩٧٨، تحقيق عبدالجبار زكار.

٢ - إبطـال الحـيل، عبيد الله بن بطة العكبري، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣، ط٢.

٣ - أعلام الموقعين، ابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر، تحقيق محي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤٠٧ هـ.

٤ - أصـول التشـريع الإسـلامي. على حسب الله..(ط:٦دار الفكر العربي ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

٥ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، بيروت: دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ -١٩٨٥ م.

٦ - الإحكـام فـي أصول الأحكام، ابن حزم الظاهري، ٦/١١، الطبعة الثالثة، دار الجيل، ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧م، بيروت، لبنان.

٧ - الأم، الشافعي، محمد بن إدريس، دار الشعب ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨م

٨ - تبيـن الحقـائق، الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي، ط:٢ دار الكتاب الإسلامي.

٩ - الـتحايل فـي الأحكام الشرعية ". زكريا البري، لواء الإسلام السنة:١٥ العدد:٧، ١٣١٨ هـ - ١٩٦١ م المجلد: ١٥.

١٠ - تفسـيير التـنوير والـتحرير، الطاهر بن عاشور، الشركة التونسية للنشر.

١١ - تفســير القرطبي، دار الشعب، القاهرة، ط٢، ١٣٧٢هـ، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني.

١٢ - تقريــب التهذيــب، ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي) ط١، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣ هـ، ١٩٩٣م.

١٣ - تهذيــب ســير أعــلام النبلاء، ط٢، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٣ هـ.

١٤ - الــتعريفات، الجرجانــي علــي بن محمد السيد الشريف، ط١ت: عبد المنعم الحفني ١٤١٥هـ.

١٥ - التمهــيد، ابن عبد البر، الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله، ت:سعيد أحمد اعراب: ١٤٠٤هـ ١٩٨م.

١٦ - حاشية سعد الله بن عيسى على الهداية بهامش شرح فتح القدير.

١٧ - الحــيل الفقهية في المعاملات المالية، محمد بن إبراهيم، الدار العربية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٥.

١٨ - خصائص التشريع الإسلامي، الدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، ط ١٤٠٢ هـ..

١٩ - شــرح الكوكــب المنير، ابن النجار محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علــي، ت: محمد الزحيلي ونزيه حمّاد الرياض: مكتبة العبيكان ١٤١٣ هـ -١٩٩٣م.

٢٠ - شــرح الزرقاني على الموطأ، الزرقاني، محمد بن عبد الباقي يوسف، ط:١ بيروت: دار الكتب العلمية ١٤١١هـ -١٩٨٠.

٢١ – شــرح العــناية علــى الهداية على هامش فتح القدير، البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، ط:٢ بيروت: دار الفكر.

٢٢ – فــتاوى ابــن رشد ابن رشد الجد، ط:١ت: المختار بن الطاهر التليلي بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.

٢٣ – فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار المعرفة.

٢٤ – فلسفة التشريع، صبحي محمصاني، بيروت:دار العلم ١٩٨٠ م.

٢٥ – القاموس المحيط، الفيروز أبادي، دار الكتاب العربي.

٢٦ – القواعــد الفقهية، علي أحمد، الندوي، ط٢، دار العلم، دمشق، ١٤١٢ هـ.

٢٧ – قواعد الأحكام في مصالح الانام، عزالدين بن عبدالسلام:١/ ٥٠، ٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٨ – الكافــي، ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، ط:٢ ت: محمد أحيد الرياض: مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م.

٢٩ – لســان العــرب، (ابن منظور) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، دار المعارف.

٣٠ – المدخــل إلــى مذهب الإمام أحمد، لابن بدران الدمشقي ط:٢، بيروت مؤسسة الرسالة، ١٩٨١م.

٣١ – الموافقات، للإمام الشاطبي، دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٥هـ.

٣٢– المغنــي. ابــن قدامــه، موفــق الدين محمد، مصر:مكتبة الجمهورية المصرية.

٣٣ – مختصـــر الصحاح، الرازي فخر الدين محمد بن عمر، ط، بيروت، دار الكتب العلمية.

٣٤ – المعجـــم الوسيط، تأليف مشترك، ط:٢ضبط: إبراهيم أنيس عبد الحليم المنتصر دار الفكر.

٣٥ – مقاصـــد الشـــريعة. محمد الطاهر بن عاشور، ط/ المؤسسة الوطنية، تونس، الشركة التونسية، ١٩٨٥

٣٦ – المنـــثور فـــي القواعـــد، للإمام بدر الدين الزركشي، وزارة الأوقاف والشـــؤون الإســـلامية، الكويت، ط٢، ١٤٠٥، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود.

٣٧ – مجلة البيان، العدد١٩٩٦،١٠٦ م –١٤١٧ هـــ السنة ١١، ص ٢١

٣٨ – مجموع الفتاوي، ابن تيمية، ت: عبد الرحمن محمد بن قاسم المغربي: مكتبة المعارف.

٣٩ – مقاصد الشريعة ومكارمها، علال الفاسي، ط/ المغربية.

٤٠ – موســـوعة الفقه المالكي، خالد عبد الرحمن العك، ط: ١، دمشق: دار الحكمة ١٤١٣ هـــ – ١٩٩٣ م.

٤١ – الملكـــية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، القاهرة: دار الفكر العربي.

٤٢ – المدخـــل إلى مذهب أحمد بن حنبل، ابن بدران الدمشقي، ط ٢ بيروت: مؤسسة الرسالة ١٤٠١هـــ ١٩٨١م.

٤٣ – المنخول من تعليقات الأصول، الغزالي (ابو حامد محمد بن محمد) ط: ٢ ت: محمد حسن هيتو، دمشق: دار الفكر ١٤٠٠هـــ ١٩٨٠م.

٤٤ – معجم البلدان ياقوت الحموي، ط١ ت: فريد عبد العزيز الجندي بيروت: دار الكتب العلمية ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م.

٤٥ – نظرية المصلحة. حسين حامد حسان.(القاهرة:مكتبة المتنبي١٩٨١)م.

JOURNAL OF SHARIA & LAW

Preventing Tricks and Using Caution in Maliki Opinion and its Effect on Custody Of Religious Aims

Saad Eddine Dedeche
Asst. Prof
Faculty of Sharia and Law
UAEU

Abstract

Islamic Law has been put to regard mankind's requirements. It is the source of rules, and the origion of reasoning.
Imam Shatibi, regards Knowing Shariah aims as a condition of reasoning, he also regards Producing rules as a branch of Shariah aims.
oundations which are regarded as an applied way to achieve Shariah aims in Maliki opinion, particularly two bases: Preventing tricks and using caution.

JOURNAL OF SHARIA & LAW

Option of Blemish In Jordanian Civil Law

Dr. Yaseen Mohammad Aljiboury
Asst. Professar, Alzaitounah University, Faculty of Law The Hashemite Kingdom of Jordan

Abstract

Concluding acontract of sale needs availability of many elements and conditions. The contract may be regarded as a valid and legal contract.

Nevertheless the sale contract may be existed but it existence may mixed with many defects in the object of the contract (the sold thing) which reflects injury and damage on the purchaser,s interest.Therefore the purchaser is granted a choice of defect (khiyar al-ayb) and the contract is considered to him as ghayr lazim (not-binding) which gives him the right to rescind the contract. Morever, this option, (the khiyar) may coincide with the concept of liability for concealed defects in the sold thing provided for by Articles (512-517) of Jordanian civil code, which may reflect some contradiction and confusion, which needs to be considered.

The Control on In-Legislative Actions In Jordanian and Spanish Constitutions

By
Dr. Eid Ahmad al-Husaban
Faculty of Jurisprudence and Law Studies, 'Al al-Bayt University, Mafraq, Jordan

Abstract

The subject of Parliament actions needs more interest by Researchers, particularly those in-legislative ones, which mostly touch the individuals' rights and freedom. In legislative actions -particularly the Parliament control, we see that efforts are paid to know whether such actions are constitutional or not, without any interest in the other section of these actions, i.e. the in-legislative ones.

Accordingly, this article gives models of some developed practices in the field of controlling in-legislative parliament actions, in order that we can benefit from them to urge legislators to develop our Jordanian law in this field.

International Contract Between Traditional and Modern View

By
Dr. Muhammad Walid Hashim al-Misri
Faculty of Law, Bahrain University, Bahrain

Abstract

This article was started by an introduction about the importance of international contract in International Relations, whether according to individuals or countries.

In chapter One, we discussed the concept of international contract, the difference between local and international contract. In section 1 of this chapter we discussed the definition of both: international and local contracts according to lawful and economic stands, where which we explain them according to law and jurisprudence. In sec. 2 we studied the juridical exertion of both: this application and lawful and economic applications in French judgment. In sec. 3 we discussed the juridical exertion where we detailed our opinion on it.

In chapter Two, we discussed what law should be applied on International contract, in sec. 1 we discussed the choice of contract law, the principle of will, and the sorts of will choices. In sec. 2 we talked about the determination of contract law at the absence of different parts choices. We ended by presenting the attitudes of Arabic laws, and our desire to adopt a flexible base of support.

JOURNAL OF SHARIA & LAW

The Concept of Public Property And The System of Protecting it According to Islamic Law

By
Dr. Ali Abd Allah Safu al-Dulaymi
Faculty of Law, al-Musil University, Iraq

Abstract

This article consists of an introduction by which the importance of public property was clarified, this is according to its connection to the economic structure of the state.

Then the article was divided into Two Chapters:

In chapter one, we discussed the concept of public property, its sorts and conditions. Firstly we talked about the private property, what can be considered as a private property according to Islamic rules, we concluded that the property can be divided into: estimated and non-estimated property, Then we discussed the Jurists' opinions on public property. Secondly we clarified the sorts of public property in Islamic law. Thirdly we discussed the conditions by which we can distinguish between the state public and private property according to Islamic law.

In Chapter Two we detailed the system of protecting public property in Islamic law, the control systems used during the Prophet Muhammad's era, or during the era of Rashidin Caliphs, and both Umayyad and 'Abbasi ones. A detailed discussion was devoted to (*Hisbah*) and (*Mazalim*) as Two systems of protecting public property.

JOURNAL OF SHARIA & LAW

The Difficulties Which Oppose the Application of Texts of Robbery Crime Upon Computer Programs

By
Dr. Muhammad Hammad Murhij al-Hiti
Faculty of Law and Accounting, Waddan, Libya

Abstract

We started this article by an introduction regarding the importance of Computer, its parts, and the meaning of program and its sorts. In Chapter One we talked about the firmness of the utility of (money) on Computer programs, this chapter consists of three sections, in sec. 1 we talked about the attitudes of legislations regarding the firmness of the utility of (money) on Computer programs, these legislations are quite differed in their definition to robbery and its applications on the concept of money and things, we also detailed that computer has its own material and semantic identity. In sec. 2, we studied that opinion which do not regard computer programs to be money, we also disproved it. In sec. 3, we gave evidences that computer programs have money attribute, we also discussed the nature of computer programs, and the results which depend on mental imagination of this nature.

In Ch. 2, we discussed to what extant computer programs can be submitted to embezzlement doing, in sec.1, we presented the meaning of embezzlement and the opinions on it, particularly the traditional and modern opinions. In sec. 2, we discussed the computer programs under the concept of embezzlement: How non-material things can be submitted to embezzlement, the legislations' attitude from stealing electricity, the attitude of Jurisprudence and judgment of this matter, and if we can use the same attitude of electricity to be applied to computer programs. In sec. 3, we discussed the problems of computer programs embezzlement.

JOURNAL OF SHARIA & LAW

Legislative Rule Between Firmness and Alteration

By
Dr. Abd al-Majid Muhammad al-Susawah
Faculty of Shari'ah, Sharjah University

Abstract

This article tackles the legislative rule, at the introduction we gave the meaning of legislative rule according of Scholars of Jurisprudence and Foundations of Jurisprudence, what are the differences between both, then the article was divided into Two Chapters. In Ch. 1, we talked about the firmness of the legislative rule, it includes Two sections, in sec. 1 we discussed the whole firmness of legislative rule, which means the continuous evidence and argument of it in all times and conditions. In sec. 2, we discussed the comparative firmness, which means that legislative rule which is produced from supposed evidence can be regarded as legislative and obligatory argument.

In Ch. Two, it talks about the change of legislative rule, i.e. to stop applying this rule because there is no object (*manat*), if such objects returned then the rule returns as it was. This chapter also consists of Two sections, the first one about the change of rule according to its reason or aim. The other section talked about the change of rules according to their interests, they are related to each other, i.e. if the interest remain then the rule is still applied, and if it is changed then the rule is changed, and then we wait another rule according to the new interest.

5- The journal does not offer any financial remunerations, unless directly assigned, for published papers, book reviews or any other intellectual contribution.
6- Each author will receive two copies of the journal and 25 reprints of his/her research paper.

11- The author should not send his/her the research paper to any other publisher before receiving the Journal's feed back - positive or negative.
12- The author should make the required amendments according to reports initiated by the referees and then he/she must provide the journal with a copy of the amended version.
13- Contributions should be electronically (computer) typed. Three copies should be sent to the editorial board of the journal along with one copy on a floppy disk.
14- The author's CV should be attached to his/her contributions.
15- A one- page abstract in Arabic and English should be submitted with the research.
16- Decision taken about suitability of research for publication shall be communicated to authors within a maximum period of four months from the date papers received by the editorial board.

Publishing Priority:

a - The importance of the topic to UAE society.
b- Date of receipt .
c- Diversity of topics and writers.

Notes:

1- Opinions published in the journal represent a mere expression of the view of their authors and they do not basically reflect the journal's trends.
2- Research articles published in the journal are sequentially arranged subject to technical considerations.
3- Whether published or not, research papers submitted to the journal will not be returned to their authors.
4- The journal has the right to leave out any paper that does not meet the stipulated conditions.

II- Publishing Rules:

1- The Journal of Shari'a and Law publishes original, authentic, knowledgeable and in-depth studies related to Islamic jurisprudence (Fiqh) and studies.
2- All contributions are subject to confidential review in accordance with the journal's publishing regulations; this is to ensure attaining quality level research in the area of Shari'a and Law.
3- Authors should carefully observe research rules and values with regard to the proper citation of references, literature and resources.
4- The references & literature used in each page should be clearly cited as footnotes.
5- Research papers including religious texts should be properly and accurately written.
6- Contributions should be free from any linguistic or grammatical errors and they should be appropriately punctuated after the common Arabic style.
7- The author should conclude his/her research with a conclusive assumption, findings and viewpoints.
8- Contributions may be written in Arabic, English or French.
9- A research paper should not exceed 40 pages (normal size papers) to exclude references, figures, pictures and Appendices.
10- Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed and bi-annual published journal. The objectives of the journal are as follows :

1. Publishing original articles written by specialists in the fields of Sharia (Islamic Law) and positive law in in order to enrich these two fields.
2. Strengthening the academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the world.
3. Analyzing contemporary issues within the framework of Sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic countries.
4. Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of Sharia and law, and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with humanities and environmental issues as relatd to the above mentioned topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions.
5. Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

JOURNAL OF SHARIA & LAW

Contents

ISSUE NO 20 / DHUL-Q'EDA 1424H JANUARY 2004



JOURNAL OF SHARIA &LAW



UNITED ARAB EMIRSTES UNIVERSITY

"A BI-ANNUAL REFEREED ACADEMIC JOURNAL"

ISSUE NO 18/ THU'L-Q'EDA 1424 H JANUARY 2003

Editor- in- chief

Prof. Jassim Ali Salem Al-Shamsi

Editing director

Dr. Mohammad Abdulrahim Sultan Alolama

Editing Board

Prof. Mahmmoud Ahmad Abulail

Dr. Abdula Hassan Mohammad

Dr. Mohammad Hassan Al-Qasimi

Published by Academic Publication Council UAE University

This Journal is listed in thw "Ulrich's International Periodicals Directory" under record No. 349199

ISSN 1608-1013

ISSUE NO 20 / DHUL-Q'EDA 1424H JANUARY 2004